Die Täterhaftung auf Grund „subsequenter Imputation“

nach geltendem deutschem Strafrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Fürst
Referendar aus München

Approbiert am 2. Mai 1931

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1931

Referent: Professor Dr. Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt.

Das Problem bei einaktigen Delikten.

A. Strafbarkeit bei Alleintäterschaft.

§ 1. Überblick 5

§ 2. Rechtfertigung der Strafbarkeit durch Annahme eines vorsätzlichen Begehungsdeliktes.

I. Dolus subsequens 8

II. Die Theorie von Binding 14

§ 3. Begründung der Strafbarkeit durch Annahme eines vorsätzlichen Unterlassungsdeliktes.

I. Das Problem der „Kommissivdelikte durch Unterlassung". 17

II. Die vorausgegangene positive Handlung als kausalitätsbegründendes Geschehen 20

1. Herstellung des Kausalzusammenhangs ausschließlich durch das positive Tun 21

2. Das positive Tun als Vorbedingung für die Kausalität der späteren Unterlassung 27

III. Die vorausgegangene positive Handlung als Rechtsgrund der Verpflichtung zur Abwendung des Erfolges 31

1. Die Rechtspflichtwidrigkeit als Voraussetzung der „juristischen Kausalität" 33

2. Das Nichthindern des Erfolges als strafrechtlich erhebliches Verhalten 37

a) Ableitung der Rechtspflicht aus Gewohnheitsrecht 40

b) Ableitung der Rechtspflicht aus materiellem Gesetzesrecht 43

3. Die Auffassung von Köhler 45

B. Strafbarkeit bei Zusammenwirken mehrerer Personen.

§ 4. Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft 50

Seite

II. Abschnitt.

Das Problem bei mehraktigen Delikten.

A. Strafbarkeit bei Alleintäterschaft.

§ 5. Überblick 53

§ 6. Der Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuchs bei zusammengesetzten Delikten 56

§ 7. Behandlung der nicht ausdrücklich geregelten Fälle 59

I. Raub, § 249 (Notzucht § 177, Sittlichkeitsdelikt nach § 176 Ziff. 1) 60

II. Schwerer Diebstahl, § 243 Ziff. 2, 3 62

B. Strafbarkeit bei Zusammenwirken mehrerer Personen.

§ 8. Sukzessive Mittäterschaft 65

Literatur.

Alberti: Rechtswidrige Unterlassungen. (1908.)
Aldosser: Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? (Gekrönte Preisschrift 1882.)
Allfeld: Lehrbuch des Strafrechts. (1922.)
v. Bar: Die Lehre vom Kausalzusammenhang. (1871.)
— Gesetz und Schuld im Strafrecht. (1907.)
Beling: Die Lehre vom Verbrechen. (1906.)
— Grundzüge des Strafrechts. (1928.)
Binding: Die Normen und ihre Übertretung. Bd. II. (1914.)
— Lehrbuch des gemeinen, deutschen Strafrechts, Besonderer Teil. (1902.)
— Gerichtssaal Bd. 71/1; 78/1.
Birkmeyer: Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. (1890.)
v. Buri: Gerichtssaal Bd. 21/189, Bd. 29/Beilageheft.
Clemens: Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. (Göttinger Dissert. 1912.)
Finger: Lehrbuch des Strafrechts. (1904.)
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar 1926.)
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. (1922.)
Geßler: Über den Begriff und die Arten des Dolus. (1860.)
Geyer: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. I, 124. (1885.)
Glaser: Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. Bd. I, 2. Abhandlung. (1858.)
Goltdammer: Archiv für preußisches Strafrecht. Bd. X.
— Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 63.
Hälschner: Gemeines deutsches Strafrecht. (1884.)
Haupt: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 2/533.
Hefftter: Lehrbuch des Strafrechts. (1875.)
v. Hippel: Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 36/501.)
Höpfner: Zur Lehre vom Unterlassungsverbrechen. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 36/104.)
Horn: Gerichtssaal Bd. 53/97.
Janka: Österreichisches Strafrecht. (1884.)
Köhler: Lehrbuch des Strafrechts. (1917.)
— Gerichtssaal Bd. 96/167.
Köstlin: System des deutschen Strafrechts. Bd. I. (1855.)

Kohler: Studien aus dem Strafrecht. I. Teil. (1890—1897.)
— Leitfaden des deutschen Strafrechts. (1912.)
Kollmann: Der Handlungsbegriff als Grundlage der herrschenden, insbesondere durch v. Liszt vertretenen Strafrechtssystematik. (Festschrift für Liszt, 1911.)
Kraus: Juristische Vierteljahrsschrift Bd. 30.
Krug: Abhandlungen aus dem Strafrecht. (1855.)
Landsberg: Die sogenannten Kommissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. (1890.)
Leipziger Kommentar (Ebermayer, Lobe, Rosenfeld): Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. (1929.) (zit.: Lobe.)
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Strafrechts. (1927.)
Loening: Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht. (1885.)
Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, II. (1840.)
Mayer, M. E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. (Bibliothek der Kriminalistik Bd. II, 1923.)
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Strafrechts. (1907.)
Merkel, Adolf: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. (1889.)
— Kriminalistische Abhandlungen, Abhandl. I. (1867.)
Merkel, Paul: Begehung durch Unterlassung. (Göttinger Diss. 1895.)
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (1927.)
Oppenhoff-Delius: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (1901.)
Ortmann: Gerichtssaal Bd. 30/359, 26/439, 27/209, 32/173.
— Holtzendorffs Strafrechtszeitung 1873 S. 465 ff.
v. Rohland: Die strafbare Unterlassung, 1. Abteilung. (1887.)
— Festrede zur Stiftungsfeier der Universität Dorpat. (1885.)
Rotering: Gerichtssaal Bd. 34/206.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar 1914.)
Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (1871.)
Stübel: System des allgemeinen, peinlichen Rechts. Bd. II. (1795.)
Thyrén, J. C. W.: Über subsequente Imputation de lege ferenda. (Lund 1921.)
Traeger: Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. (Festschrift für Enneccerus, 1913.)
Villnow: Raub und Erpressung. (1875.)
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. (1914.)
Wächter: Deutsches Strafrecht, Vorlesungen. (1881.)
v. Weber: Über die verschiedenen Arten des Dolus. (Neues Archiv des Criminalrechts Bd. VII, 1824.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.
Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1923.
Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund. (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes Bd. 3, 1870.)

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Abt. (1915.)
Oertmann: Deutsche Juristenzeitung Jahrgang 1903.
Planck-Strohal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., 2. Hälfte. (1928.)
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. (1923.)
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., 3. Teil. (1929.)

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0060

Einleitung.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für einen Erfolg setzt voraus, daß alle Strafdrohungsbedingungen erfüllt sind. Es muß auf seiten des Delinquenten (abgesehen von etwaigen besonderen Strafbarkeitsvoraussetzungen) rechtswidrige Verwirklichung des gesetzlichen Deliktstatbestandes und Verschulden gegeben sein. Von entscheidender Bedeutung ist dabei der Umstand, in welchem Zeitpunkt des Kausalverlaufs die Schuld des Handelnden eingetreten ist. Wenn die Handlung und das Verschulden zeitlich zusammentreffen, dann steht die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Inkulpaten fest. Zweifelhaft erscheint dagegen die Rechtslage, wenn die Tätigkeit und der Eintritt der Schuld zeitlich derart auseinanderfallen, daß die Schuld dem positiven Tun nachfolgt. Das nachfolgende Verschulden ist sowohl als Fahrlässigkeit wie als Vorsatz denkbar[1]), doch soll im Rahmen dieser Untersuchung nur der nachfolgende dolus behandelt werden. Jene Zurechnung eines verpönten Erfolgs zum Vorsatz, welche erst eintritt, nachdem die positive Tätigkeit bereits völlig abgeschlossen ist, nennt der schwedische Kriminalist J. C. W. Thyrén in einer interessanten Abhandlung[2]) „subsequente Imputation“[3]). Diese Bezeichnung habe ich in die vorliegende Arbeit aufgenommen, da sie eine kurze Ausdrucksweise ermöglicht. Ich verwende aber den Ausdruck „subsequente Imputation“ im Gegensatz zu Thyrén nicht im Sinne einer theoretischen Stellungnahme zugunsten des Begriffes „dolus subsequens“, sondern im Sinne einer rein tatsächlichen Feststellung des zeitlichen Aufeinanderfolgens von positiver Handlung und subjektiver Zurechenbarkeit.

Für die subsequente Imputation sind nach Thyrén[4]) drei verschiedene Grenzpunkte denkbar, die sogenannten „Imputationspunkte“:

1. der Zeitpunkt der Beendigung der verbrecherischen Handlung (Handlungskonsummation). Thyrén versteht hierunter den

[1]) Binding II S. 599; v. Bar, Gesetz u. Schuld II S. 267 u. a.
[2]) Über subsequente Imputation de lege ferenda (Lund 1921).
[3]) Nach dem lateinischen imputare = zurechnen.
[4]) Über subsequente Imputation S. 5.

Endpunkt des gesamten Handelns des Verbrechers, welches (ohne Rücksicht auf den Endpunkt des Verbrechenstatbestandes) „tatsächlich die Kausallinie des Verbrechens in befördernder Richtung beeinflußt“ [5]).

2. Der Endpunkt der durch das Verbrechen hervorgerufenen Wirkung (Effektkonsummation), z. B. Sachschaden, Vermögensschaden, Eigentumsverlust; bei Handlungen, die eine gefährliche Lage herstellen: der Eintritt des Schadens oder das Aufhören der Gefahr.

3. Der Zeitpunkt der „Vollendung“ des Verbrechens im technischen Sinne (Verbrechenskonsummation), d. i. der Augenblick, in welchem der in der betreffenden Strafbestimmung enthaltene gesetzliche Deliktstatbestand erfüllt ist.

Nach dem geltenden deutschen Strafrecht muß man regelmäßig die Verbrechenskonsummation [6]) als Imputationspunkt bezeichnen. Eine Verschiebung des Imputationspunktes tritt lediglich ein bei den Dauerdelikten und in allen Fällen, wo der mit der positiven Handlung beginnende Kausalverlauf zu seiner völligen Entwicklung bis zum Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges eine gewisse Zeitspanne beanspruchen kann. Bei den fortdauernden Delikten folgt der Imputationspunkt unter Umständen der technischen Vollendung des Delikts erst viel später nach: er fällt hier zusammen mit der natürlichen Handlungskonsummation [7]), denn das verbrecherische Handeln dauert so lange fort, als der rechtswidrige Zustand aufrechterhalten wird [8]). In den an zweiter Stelle genannten Fällen kann der Imputationspunkt der Verbrechenskonsummation vorausgehen; als äußerster Grenzpunkt der subsequenten Imputation ist hier jener Zeitpunkt zu betrachten, wo

---

[5]) S. 7: „Wenn also ein Betrug so verläuft, daß der Betrüger erst durch gewisse Handlungen Irrtum erregt; danach durch andere Handlungen einen Vertrag zustande bringt; endlich sich durch noch andere Handlungen den Vermögensgewinn zunutze macht, so bildet diese ganze Reihe von Handlungen zusammengenommen den ‚natürlichen‘ Handlungsverlauf, der also sehr wohl über den Punkt hinausreichen kann, in dem das Verbrechen vollendet wird. (Dies kann in dem genannten Beispiel etwa schon mit der Disposition, vielleicht sogar schon mit der Irrtumserregung geschehen. Selbstverständlich kann der natürliche Handlungsverlauf auch vor der Verbrechenskonsummation endigen.“

[6]) Eine spezielle Ausnahme macht die Rechtsprechung des RG. für die Fälle der Zollhinterziehung: Imputationspunkt ist hier nicht schon die rechtliche „Vollendung“, sondern tatsächliche „Beendigung“ des Delikts, RGE. 52/26, 51/402.

[7]) Vgl. Thyrén S. 9, 10.

[8]) §§ 234, 235, 237, 239, 123.

der Kausalverlauf in der Richtung auf den tatbestandsmäßigen Erfolg hin bereits so weit fortgeschritten ist, daß er in keiner Weise mehr negativ beeinflußt werden kann.

So die herrschende Meinung in Wissenschaft und Rechtsprechung.

Glaser[9]) führt aus: „Allerdings ... gibt es einen Zeitpunkt, bei welchem angekommen, die Handlung diesen Charakter (einer schuldhaften Handlung) nicht mehr annehmen kann; das ist aber gerade derjenige, in welchem dolus auch wirklich zu ihr gar nicht mehr hinzutreten kann, weil sie bereits abgeschlossen ist. Dolus als Bestimmung des Willens zum Tun oder Unterlassen ist jedoch wohl nur denkbar, solange von diesem Tun oder Unterlassen der zum Begriff des Delikts erforderliche Erfolg abhängen kann. Wo dies nicht mehr der Fall ist, kann man Wünsche hegen, verworfene Gesinnungen äußern, aber keinen dolus mehr in sich aufnehmen. Von jenem Augenblick an, wo die Handlung aufhört, dem Handelnden anzugehören, wo sie von seiner Willkür unabhängig geworden, ihren eigenen Lauf nimmt und der Bestand der Verletzung daher von dem Wollen oder Nichtwollen des Täters nicht mehr abhängen kann, von diesem Augenblick an kann von dolus nicht mehr die Rede sein, ... was da noch nachfolgt, ist Ereignis, Zufall. Wer unversehens im Walde einen Menschen erschießt, weil er ihn für ein Tier gehalten hat, und dann an den Sterbenden herantretend sich freut, in ihm einen Todfeind zu erkennen, dessen Ende er herbeiwünscht, wird durch diese Freude, durch den Wunsch, daß dieser sterben möge, nicht zum Mörder, weil bei diesem Stand der Dinge sein Wille auf sein Tun und auf den Erfolg keinen Einfluß mehr üben kann."

Finger und Köhler betonen ebenfalls, daß „die moralisch noch so verwerfliche Freude an verursachter Übeltat"[10]) oder „die nach unwiderruflich gewordener Verursachungshandlung hinzutretende Billigung des Erfolges seitens des Täters"[11]) nicht mehr als Vorsatz angesehen werden könne. Geßler[12]) und Ger-

---

[9]) Abhandl. aus dem österr. Strafrecht Bd. I S. 300 ff. Ganz im gleichen Sinne sprechen sich aus v. Bar, Lehre vom Kausalzusammenhang S. 109 ff. und Rotering, Gerichtssaal 34/217.

[10]) Finger, Lehrbuch des Strafrechts S. 263.

[11]) Köhler, Lehrbuch des Strafrechts S. 268. Vgl. auch S. 288: „Die Schuld kann der Verursachung einer auf den Erfolg hinzielenden Bedingung nachfolgen, wenn sie wenigstens zu einer Zeit einsetzt, wo die Erfolgsverhütung dem Täter noch möglich war."

[12]) Über den Begriff und die Arten des dolus S. 251 ff.

land[13]) heben noch besonders hervor, daß ein Wille, der darauf gerichtet wäre, einen bereits als eingetreten angenommenen, verbrecherischen Erfolg herbeizuführen, einen Widerspruch in sich selbst, eine contradictio in adiecto darstelle. Auch das RG. schließt sich, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch indirekt der genannten Auffassung an in E. 59/79, 20/131, 18/98, Rspr. 8/80.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß im allgemeinen subsequente Imputation jedenfalls dann nicht mehr möglich ist, wenn der den Endpunkt der tatbestandsmäßigen Handlung bildende Erfolg bereits eingetreten ist, oder wenn der Kausalverlauf schon so weit fortgeschritten ist, daß der Eintritt des Erfolges unvermeidlich bevorsteht. Die Frage geht deshalb jetzt nur mehr dahin, ob wenigstens v o r den genannten Imputationspunkten ein einsetzender Erfolgswille noch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet. Diese Frage ist sowohl für einaktige wie für mehraktige Delikte[14]) gesondert zu beantworten, doch soll versucht werden, in beiden Fällen möglichst nach einem einheitlichen Grundgedanken vorzugehen. Die namentlich mit Bezug auf mehraktige Delikte in der Literatur herrschende Verwirrung in der Frage der subsequenten Imputation rührt gerade daher, daß fast alle Schriftsteller es versäumt haben, ausgehend vom einaktigen Delikt ein solches gemeinsames Prinzip zu suchen. Eine Ausnahme macht Köhler mit seiner Abhandlung im Gerichtssaal Bd. 96 S. 167, dessen Ausführungen für die vorliegende Arbeit richtunggebend waren.

---

[13]) Deutsches Reichsstrafrecht S. 103.

[14]) Die Bezeichnungen „einaktiges" und „mehraktiges" Delikt sind hier in demselben Sinn gebraucht wie die Bezeichnungen „einfaches" und „zusammengesetztes" Delikt. „Einaktig" oder „mehraktig" ist nicht zu verstehen im Sinn von „einmomentig" oder „mehrmomentig". Diese Ausdrücke bedeuten also nichts Tatsächliches, sondern sie enthalten juristische Begriffe. Die Bezeichnung „einaktig" besagt nämlich, daß im Strafgesetz durch die Fassung des gesetzlichen Tatbestandes zum Ausdruck gebracht ist, daß ein bestimmtes Handeln in rechtlicher Beziehung als einheitlicher Vorgang betrachtet werden soll, während „mehraktig" bedeutet, daß der gesetzliche Tatbestand durch mehrere rechtlich selbständige Handlungen verwirklicht wird. Wenn z. B. der A den X durch eine Reihe von wuchtigen Schlägen vorsätzlich tötet, so hat der A trotz seines mehrmomentigen Handelns doch nur ein einaktiges Delikt begangen (= Mord). Dagegen liegt ein mehraktiges Delikt vor (= Raub), trotz einmomentigen Handelns, wenn der A dem Kassenboten X, der den Räuber kommen sieht und sich vergeblich zur Wehr zu setzen versucht, mit einem einzigen Ruck die Geldtasche entreißt.

I. Abschnitt:

Das Problem bei einaktigen Delikten.

A. Strafbarkeit bei Alleintäterschaft.

§ 1.

Überblick.

Die tatsächlichen Vorgänge, auf Grund deren eine subsequente Imputation angemessen erscheint, stellen sich bei einaktigen Delikten entweder in der Weise dar, daß jemand schuldlos einen strafrechtlich verpönten Erfolg verursacht und erst nach Abschluß seiner positiven Handlung die Einsicht erlangt, auf Grund deren er das Eintreten oder Weiterbestehen des Erfolges voraussieht, oder es nimmt jemand erlaubterweise eine Handlung vor und bemerkt nach Beendigung der Tätigkeit, daß sich aus ihr irgendwelche nicht beabsichtigte, rechtswidrige Folgen zu entwickeln drohen. Es ist also von dem Handelnden ein äußeres Geschehen eingeleitet oder eine gefahrdrohende Lage geschaffen worden, deren kausale Wirkung für einen schädlichen Erfolg oder deren Gefährlichkeit vom Inkulpaten erst nachträglich erkannt und gebilligt wird[1]). Er bleibt daher untätig trotz Einsicht in die Sachlage; er läßt den Erfolg ruhig eintreten oder weiter bestehen.

Einige Beispiele mögen dies deutlich machen:

Der A hat mit seinem Kraftwagen auf einsamer Straße schuldlos oder fahrlässig den X überfahren; wenn dem Schwerverletzten nicht Hilfe gebracht wird, so muß er allmählich verbluten. A sieht das voraus, fährt aber weiter, ohne sich noch um das Schicksal des X zu kümmern.

Der A hat schuldlos oder fahrlässig den X eingesperrt; als er sein Versehen bemerkt, unternimmt er nichts, um den eingeschlossenen X zu befreien.

[1]) Der Inkulpat nimmt hierdurch eine Schuldgestaltung an, die dem Vorsatz entspricht. „Vorsatz" ist der Wille des Inkulpaten, ein bestimmtes Verhalten anzunehmen bei Vorstellung der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände und unter Billigung dieses Vorstellungsinhaltes.

Der A erbittet von X ein Darlehen mit dem Hinweis, daß sein großes Warenlager dem X volle Sicherheit gewähre. Vor Empfang des Geldes macht A völlig unerwartet Konkurs, trotzdem läßt er sich von dem ahnungslosen X den Darlehensbetrag auszahlen, für welchen jetzt keinerlei Sicherheit mehr vorhanden ist.

Der A hat in erlaubter Weise auf seinem Speicher vergiftetes Fleisch ausgelegt, um die Ratten zu vernichten; bald darauf sieht er, daß die wertvollen Zuchtkatzen des Nachbars sich an dem Fleisch zu schaffen machen und läßt es ungehindert geschehen, daß die Tiere die vergifteten Stücke fressen und daran zugrunde gehen.

Der A schlägt in einer kalten Winternacht den Angreifer X in Notwehr nieder, wobei dieser derart verletzt wird, daß er sich nicht mehr erheben kann. A läßt ihn liegen und entfernt sich, obwohl er weiß, daß X unter den angegebenen Umständen erfrieren muß[2]).

Ist der A im ersten und letzten Beispiel ein Mörder? Hat sich der A in den anderen Fällen einer Freiheitsberaubung, eines Betruges, einer Sachbeschädigung schuldig gemacht?

Wir müssen die Frage bejahen, denn es ist in der Rechtsprechung und auch fast allgemein in der Strafrechtswissenschaft anerkannt, daß in den angeführten und ähnlichen Fällen der anfangs schuldlos oder rechtmäßig Handelnde für den eingetretenen Enderfolg strafrechtlich verantwortlich ist; und zwar ist er zu bestrafen wie wegen eines gewöhnlichen, vorsätzlichen Delikts. Den Fall des vorausgegangenen fahrlässigen Handelns brauchen wir nicht gesondert ins Auge zu fassen, denn das, was gilt für den viel weitergehenden Fall, daß Vorsatz auf schuldloses Tun folgt, muß natürlich auch dann gelten, wenn sich das Verschulden aus der Fahrlässigkeit in Vorsatz wandelt.

Die Feststellung Köhlers (welche sich auf eine Reihe ähnlicher Beispiele für nachfolgenden dolus bezieht): „In allen diesen Fällen hat derjenige, welcher den schuldlos verursachten, schädlichen Erfolg voraussieht, aber den Erfolg nicht nach Kräften abwendet, mit echtem Vorsatz den Erfolg herbeigeführt, zu dem er vielleicht ganz schuldlos den Anlaß gegeben hat“[3]) begegnet uns dem Sinne nach in gleicher Weise nahezu bei allen Schriftstellern, die sich mit der Frage befassen[4]).

---

[2]) Weitere ähnliche Beispiele bei Thyrén, Über subsequente Imputation S. 3, 4; Binding, Normen II/600; Köhler, GerS. 96/68; Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte S. 95, 105 ff., 108.

[3]) Siehe Gerichtssaal Bd. 96/169.

[4]) Um nur einige zu nennen: Glaser, Abhandl. aus dem österr. Strafrecht 1/300; Merkel, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts S. 94 ff.;

Diese Übereinstimmung herrscht freilich nur hinsichtlich des Ergebnisses an sich, denn hinsichtlich der Begründung dieses Ergebnisses gehen die Ansichten weit auseinander.

Die wissenschaftliche Rechtfertigung der Verantwortlichkeit des Täters bei subsequenter Imputation bereitet eben gewisse Schwierigkeiten, weil einerseits im Augenblick der positiven Handlung das erforderliche Verschulden fehlt und andererseits im Zeitpunkt des Eintritts des Erfolgswillens die Tätigkeit des Inkulpaten bereits völlig abgeschlossen erscheint, da sich dieser schon vor dem Einsetzen des dolus völlig passiv verhält. Das passive Verhalten stellt sich dar als Nichtabwendung des bereits vorher verursachten Erfolges, so daß also auf das positive Tun eine Unterlassung folgt.

Nun ist aber „Vorsatz" begrifflich ein Werturteil über eine besonders geartete Willensgestaltung des Inkulpaten, die sich ihrerseits auf ein ganz bestimmtes Verhalten derselben Person bezieht. Da sich das Verhalten des Inkulpaten in unseren Beispielen aus einem positiven Tun und einer Unterlassung zusammensetzt, so müssen wir uns zunächst darüber klar werden, ob der Erfolgswille im Fall der subsequenten Imputation zum positiven Tun oder zur Unterlassung in Beziehung zu bringen ist.

Entscheidet man sich für die erste Alternative, so sieht man sich genötigt, den im Zeitpunkt B eintretenden dolus zurückzubeziehen auf das positive Tun im früheren Zeitpunkt A. Man erkennt damit den in der älteren gemeinrechtlichen Theorie ausgebildeten Begriff des „dolus subsequens" an.

Nimmt man dagegen ein vorsätzliches Unterlassungsdelikt an, so ist die Lage so aufzufassen, daß das negative Verhalten im Zeitpunkt B durch die im gleichen Augenblick vorhandene Einsicht in subjektiver Hinsicht gedeckt wird.

Trotzdem die vorliegende Untersuchung sich auf den Fall den nachfolgenden dolus beschränkt, wird es doch bei den späteren Ausführungen zuweilen nötig sein, auch kurz von der nachfolgenden Fahrlässigkeit zu sprechen; und zwar wird dies geschehen, um die verschiedenen wissenschaftlichen Theorien in bezug auf ihre Brauchbarkeit und Richtigkeit besser beurteilen zu können. Denn auch für den speziellen Fall des nachfolgenden dolus werden jene

---

Wächter, Vorlesungen S. 197; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht S. 129; Binding, Normen 2/602 ff.; v. Bar, Gesetz u. Schuld 2/267; Finger, Lehrbuch des Strafrechts S. 290 ff.; Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts S. 116; Traeger, Unterlassungsdelikte S. 94 ff. — Anders Ortmann, GerS. 30/359, der von einem falschen Gesichtspunkt ausgeht.

Theorien vorzuziehen sein, welche Allgemeingültigkeit beanspruchen können für alle Fälle des nachfolgenden Verschuldens, gleichviel, ob nun gerade dolus oder Fahrlässigkeit gegeben ist.

§ 2.

Rechtfertigung der Strafbarkeit durch Annahme eines vorsätzlichen Begehungsdeliktes.

I. Dolus subsequens.

Wie oben bereits kurz dargelegt wurde, können zwei Wege eingeschlagen werden, um die Strafbarkeit des Täters im Fall der subsequenten Imputation wissenschaftlich zu rechtfertigen. Am naheliegendsten erscheint es, die Verantwortlichkeit des Täters auf die vorgenommenen positiven Handlungen zu gründen, indem man zu der Konstruktion greift, daß der Inkulpat zwar anfangs schuldlos gehandelt habe, daß aber seine Tätigkeit durch den nachträglichen Eintritt des Erfolgswillens rückwirkend den Charakter einer schuldhaften Handlung erhalten hat. Man könnte zugunsten dieser Auffassung etwa anführen, daß der Täter seine an sich nichtdolose Handlung vorsätzlich dazu benützt habe, um den Erfolg herbeizuführen, daß er vorsätzlich die durch dieselbe geschaffenen Bedingungen fortwirken läßt und seiner positiven Handlung auf diese Weise dolos die Richtung auf den verpönten Erfolg hin gegeben hat. Es erscheine also durchaus nicht unbillig, die Tat von vorneherein zum Vorsatz zuzurechnen.

Das Verhalten des Jägers A, der auf der Jagd den X unvorsätzlich durch einen Schuß schwer verletzt hat und, nachdem er in dem Verwundeten mit Genugtuung einen unbequemen Konkurrenten erkannt hat, den Hilflosen dem sicheren Tod durch Verbluten überläßt, müßte deshalb als Mord beurteilt werden, weil sich nach der genannten Konstruktion die Sachlage so darstellen würde, daß A durch das Niederschießen des X dessen Tod schuldhaft herbeigeführt hat[1]).

---

[1]) Es handelt sich also immer um den noch ausstehenden, künftigen Erfolg; mit dem durch das Niederschießen eingetretenen Körperverletzungserfolg hat die Zurückbeziehung des Vorsatzes nichts mehr zu tun. Dieser Erfolg ist bereits ein Ereignis der Vergangenheit, er ist unwiderruflich eingetreten und kann jetzt nicht mehr zu einem schuldhaft herbeigeführten Erfolg gestempelt werden. Siehe Einleitung S. 2—4 der vorliegenden Abhandlung.

Einige gemeinrechtliche Theoretiker nahmen jenen Standpunkt ein und erklärten eine solche Zurückbeziehung des Erfolgswillens auf vorhergehende positive Handlungen für statthaft. So entstand der Begriff des „dolus subsequens“ (früher auch „dolus consequens“ genannt).

v. Weber[2]) äußert sich hierüber folgendermaßen: „Man teilt den Vorsatz auch ein in dolus antecedens und consequens (= subsequens, der Verfasser). Ein dolus antecedens liegt nämlich vor, wenn eine Handlung gleich in der Absicht, dadurch ein Verbrechen zu verüben, vorgenommen worden ist. Hingegen ein dolus consequens liegt vor, wenn der Entschluß gefaßt wird, einer aus irgendeiner Ansicht schon angefangenen Handlung erst einen verbrecherischen Ausschlag zu geben.“ Eine fast wörtlich übereinstimmende Definition des dolus subsequens findet sich schon bei Stübel[3]). Ferner bejaht Hefftер[4]) die Frage der Zurechenbarkeit des nachfolgenden Erfolgswillens mit den Worten: „Der dolus kann sich an eine gleichgültige oder erlaubte Handlung anschließen. Man denke z. B. an dolose Exzesse der Notwehr[5]), an das, was manche dolus subsequens nennen.“ Auch Geßler[6]) bekennt sich zu dieser Auffassung, indem er annimmt, daß der Täter wegen dolus subsequens verantwortlich wird, falls „... der Entschluß zur Hervorbringung der verbrecherischen Erscheinung zu einer Zeit gefaßt wird, wo der einzelne eine Einwirkung in der Richtung der bestimmten verbrecherischen Erscheinung noch als möglich gedacht hat“.

Während die angeführten Schriftsteller unter „dolus subsequens“ nur jenen Erfolgswillen verstanden, welcher noch vor Verwirklichung des im Deliktstatbestand enthaltenen Erfolges einsetzte, wurde von neueren Autoren vielfach von der ursprünglichen Begriffsbestimmung abgegangen.

So bezeichnet z. B. Köhler[7]) als dolus subsequens das Einverständnis mit dem Erfolg, welches sich erst nach dem Eintritt des Schadens einstellt, also jenen Fall, den wir als strafrecht-

---

[2]) Über die verschiedenen Arten des dolus, im Neuen Archiv des Criminalrechts S. 564.

[3]) System des allgemeinen, peinlichen Rechts S. 55.

[4]) Lehrbuch des Strafrechts § 71 Note 2.

[5]) Hefftер hat anscheinend ähnliche Fälle im Auge wie jenes von mir in § 1 der vorliegenden Abhandlung erwähnte Beispiel, wo A den X in Notwehr niederschlägt und den Verletzten dann mit Tötungsvorsatz liegen läßt.

[6]) Über den Begriff und die Arten des dolus S. 251 ff.

[7]) Lehrbuch des Strafrechts S. 268.

lich bedeutungslos gleich zu Anfang ausgeschieden haben. Köhler sagt nämlich: „Dolus subsequens ist die nach unvorsätzlicher und unwiderruflich gewordener Verursachungshandlung hinzutretende Billigung des Erfolges seitens des Täters (z. B. durch Rühmung, Verherrlichung des Erfolges; durch die Erklärung, man hätte ebenso gehandelt, wenn man den unvorhergesehenen Erfolg als möglich oder sicher vorausgesehen hätte)."

Bei Gerland und Finger weiß man überhaupt nicht recht, welche Vorstellung die beiden Autoren eigentlich mit dem Ausdruck „dolus subsequens" verbinden. Denn aus den Sätzen: „Man versteht darunter die nachträgliche Billigung einer unter anderer Willensbestimmung vorgenommenen Handlung durch den Täter" [8]) und „dolus subsequens soll vorliegen, wenn der Täter ein von ihm veranlaßtes Geschehen nachträglich billigt" [9]) geht nicht hervor, ob die beiden Autoren der gemeinrechtlichen Definition folgen oder ob sie eine ähnliche Definition wie Köhler aufstellen wollen. Die weiteren Ausführungen: „Selbstverständlich kann ein Ereignis der Vergangenheit nicht mehr geändert werden", „ein dolus subsequens ist ein Widerspruch in sich selbst" [10]), „die moralisch noch so verwerfliche Freude an verursachter Übeltat vermag den früher fehlenden Willen nicht zu ersetzen" [11]), lassen eher auf das letztere schließen.

Die übrigen Schriftsteller geben überhaupt keinerlei Begriffsbestimmung des „dolus subsequens", so daß man lediglich aus dem Zusammenhang schließen muß, was sie jeweils bei ihren Erörterungen unter jener Bezeichnung verstehen. Ohne genaue Feststellung der begrifflichen Grundlage wäre aber angesichts des lebhaften wissenschaftlichen Streites eine Stellungnahme für oder gegen die Konstruktion des „dolus subsequens" unmöglich.

Manche Autoren verwenden den „dolus subsequens" sogar in einem völlig irreführenden Sinne. Sie halten den Inkulpaten für strafbar wegen Herbeiführung des Erfolgs durch Unterlassung und nennen den auf die gleichzeitige Unterlassung sich beziehenden Erfolgswillen „dolus subsequens", um zum Ausdruck zu bringen, daß dem Unterlassungsvorsatz bereits ein positives Tun vorausgegangen ist. Dies geschieht mit Rücksicht auf Überlegungen, die erst an späterer Stelle zu erörtern sind. Dieser „dolus subsequens" hat also nicht das Geringste zu tun mit dem nachfolgenden Vorsatz

[8]) Gerland S. 100.
[9]) Finger S. 263.
[10]) Gerland S. 100; vgl. Geßler S. 251 ff.
[11]) Finger S. 263.

im Sinne Stübels und der anderen gemeinrechtlichen Theoretiker, denn von ihnen wurde der „dolus subsequens“ geschaffen, um wegen positiver Handlung bestrafen zu können, während es sich bei dem „dolus subsequens“ im vorerwähnten Sinn nur um die Verantwortlichkeit wegen einer Unterlassung handelt. Andere Schriftsteller wieder erfaßten den bedeutsamen Unterschied nicht richtig und liefen Sturm gegen jene, welche den ominösen Begriff gebrauchten.

Den dauernden Mißverständnissen und dem unfruchtbaren Wortstreit kann ein rasches Ende bereitet werden, wenn man sich an folgende Terminologie hält: **„dolus subsequens“** ist der Vorsatz, der auf das vorangegangene Tun zurückbezogen wird und Strafbarkeit bewirkt wegen Deliktsbegehung durch positive Handlung; **„dolus superveniens“** [12]) dagegen ist der Vorsatz, welcher sich auf die dem positiven Tun folgende Unterlassung bezieht und Strafbarkeit bewirkt wegen Deliktsbegehung durch Unterlassung.

Wie stellt sich nun die neuere Wissenschaft zu dem Begriff des „dolus subsequens“ [13])?

Wohl einer der ersten, der sich (freilich ohne Angabe näherer Gründe) gegen den Begriff des „dolus subsequens“ wendet, ist Köstlin [14]).

v. Bar wirft in seinen Werken wiederholt die Frage auf, ob es einen „dolus subsequens“ gibt [15]); da er den „dolus superveniens“ darunter versteht, bejaht er die Frage. Einen echten „dolus subsequens“ erkennt er aber nicht an; das ergibt sich klar aus der gelegentlichen Bemerkung, er wolle durch eine besondere Theorie über die Kausalität der Unterlassung dem Einwand begegnen, daß bei vorsätzlicher Herbeiführung des Erfolges durch Unterlassung der Vorsatz dem kausalen Eingreifen nachfolge, anstatt, wie erforderlich, ihm vorauszugehen [16]).

Hälschner [17]) erwähnt zwar die Bezeichnung „dolus subsequens“ nicht, doch bringt er seine Meinung über die Möglichkeit eines zurückwirkenden Vorsatzes an verschiedenen Stellen deutlich zum Ausdruck: „Die schuldlose, verursachende Handlung kann

[12]) Diese Bezeichnung wird von Köhler in seiner Abhandlung in GerS. S. 169 vorgeschlagen.

[13]) Im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie und der obigen Terminologie.

[14]) System des deutschen Strafrechts S. 195.

[15]) Lehre vom Kausalzusammenhang S. 109 ff.; ferner in Gesetz und Schuld II S. 352.

[16]) Gesetz und Schuld II S. 261.

[17]) Gemeines deutsches Strafrecht I S. 238 ff.

durch die Billigung ihres bei der Verübung nicht beabsichtigten Erfolges nicht nachträglich in eine schuldhafte verwandelt werden." „Damit (= durch nachträglichen Eintritt des Erfolgswillens) wird freilich nicht die vorausgegangene Handlung rückwirkend in eine schuldhafte verwandelt."

Janka[18]) verwirft den „dolus subsequens" als eine „unstatthafte Dolusfiktion", da der die Handlung charakterisierende Wille an der Spitze derselben stehen müsse. Ähnlich Schwarze in seinem Kommentar Exkurs VII.

Loening[19]) folgert aus dem Begriff des Vorsatzes als einer die Willensbetätigung begleitenden Vorstellung des künftigen Erfolges die Unerheblichkeit des der Handlung nachfolgenden Erfolgswillens.

Landsberg[20]) erklärt: „Begriff und Verwendung des ‚dolus subsequens' sind zu perhorrescieren; soll ein Mensch einen strafrechtlichen Erfolg deshalb, weil er ihn zu hindern unterlassen hat, schuldhaft verursacht haben, so sind Schuld wie Verursachung lediglich in der Unterlassung zu finden, aber in nichts Vorangehendem."

Nach Ortmann[21]) ist die Zurückbeziehung des erst später eingetretenen dolus auf das positive Tun unzulässig, da es Voraussetzung einer dolosen Handlung sei, daß der dolus schon während dieser Handlung vorliegen müsse. Er verweist auch auf die Äußerung von Krug[22]): „Es genügt keineswegs das bloße Nebeneinanderbestehen von dolus auf der einen und Kausalzusammenhang auf der anderen Seite, sondern objektive und subjektive Zurechnung müssen ineinandergreifen."

Das gleiche besagt der von Liszt[23]) besonders hervorgehobene und als Hauptprinzip der Schuldlehre bezeichnete Satz: „Die Schuld muß im Augenblick der Willensbetätigung (= Körperbewegung) vorliegen."

Mit dem Hinweis auf das Erfordernis des zeitlichen Zusammenfallens von Kausalität und Schuld begründen ferner ihre Ablehnung des „dolus subsequens" Horn[24]), v. Hippel[25]),

---

[18]) Österr. Strafrecht S. 100.
[19]) Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht S. 31 § 33.
[20]) Kommissivdelikte durch Unterlassung S. 6.
[21]) Gerichtssaal 30/359.
[22]) Abhandlungen aus dem Strafrecht (1855).
[23]) Lehrbuch des Strafrechts S. 164 Ziff. 2.
[24]) Gerichtssaal 53/97 ff.
[25]) Gerichtssaal 36/515.

M. E. Mayer[26]), Wachenfeld[27]), Traeger[28]), Gerland[29]), Allfeld[30]), Beling[31]) und Finger[32]). Alberti[33]), Rotering[34]), Köhler[35]) und viele andere reihen sich ein in die Front der Gegner des „dolus subsequens", indem sie nur einen „dolus superveniens" anerkennen, d. h. den Grund der Strafbarkeit allein in einer vorsätzlichen Unterlassung finden.

Auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist wiederholt gegen den „dolus subsequens" und zugunsten des „dolus superveniens" Stellung genommen worden, so z. B. in den bekannten Entscheidungen auf Grund des Sozialistengesetzes E. 20/131[36]): „... Hieraus folgt nur, daß der vor Entstehung des rechtswidrigen Bewußtseins zeitlich zurückliegende Teil ihres Handelns ihnen (den Angeklagten) zum Vorsatz nicht zugerechnet werden kann ..." und E. 18, 98: „Allerdings ist zuzugeben, daß wenn der Täter die Handlung begonnen hat, ohne einen Umstand, welcher ihre Strafbarkeit bedingt, zu kennen, er regelmäßig weder für sein formelles Tun, noch für dessen Wirkungen verantwortlich gemacht werden kann. Anders aber, wenn der Täter während der Dauer der Handlung bzw. ihrer Wirksamkeit von einem Umstand Kenntnis erlangt, welcher die Strafbarkeit begründet. Hier muß ihn die Unterlassung jeder möglichen, die Wirksamkeit seiner eigenen Handlung verhindernden Tätigkeit strafbar machen." Weiterhin wird der „dolus superveniens" anerkannt in E. 24/339, 46/342, 60/77.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß der Begriff des „dolus subsequens" in der neueren Zeit durch die Vertreter der Wissenschaft und in der Rechtsprechung einmütig abgelehnt wird.

Die Richtigkeit des Erfordernisses, daß die Schuld im Zeitpunkt des kausalen oder, besser gesagt, tatbestandsmäßigen Handelns vorliegen muß, ergibt sich schon aus dem allgemein gebrauchten neueren Schuldbegriff. Die „Schuld" ist Vorwerfbarkeit,

---

[26]) Allgemeiner Teil des Strafrechts S. 258 Note 4.
[27]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 154.
[28]) Problem der Unterlassungsdelikte S. 99.
[29]) Deutsches Reichsstrafrecht S. 100.
[30]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 173.
[31]) Grundzüge des Strafrechts S. 53. Beling spricht allerdings richtiger von „Tatbestandsmäßigkeit" anstatt „Kausalität".
[32]) Lehrbuch des Strafrechts S. 287.
[33]) Rechtswidrige Unterlassungen S. 70 ff.
[34]) Gerichtssaal 34/217.
[35]) a. a. O.
[36]) v. Bar kritisiert diese Entscheidung in Gesetz und Schuld II S. 352 Anm. 124; er meint dort „dolus superveniens".

psychische Fehlerhaftigkeit eines bestimmten Körperverhaltens, also eine Eigenschaft dieses Verhaltens; sie ist, wie man auch sagt, „innere Tatseite". Man kommt dann zur Bejahung der Schuld, wenn man bei Würdigung des Verhaltens des Täters in psychischer Beziehung ein bestimmtes Charakteristikum dieses Verhaltens entdeckt. „Schuld" und „tatbestandsmäßiges Handeln" sind also Dinge, die logisch, begrifflich untrennbar zusammengehören.

II. Die Theorie von Binding.

Demgegenüber unternahm es nun Binding[37]), aufzuzeigen, daß man selbst bei Vermeidung des „dolus subsequens"[38]) die Annahme eines vorsätzlichen Begehungsdeliktes mittels subsequenter Imputation rechtfertigen könne. Binding geht davon aus, daß ein positives Fördern des Erfolges durch Vernichtung selbstgesetzter, negativer Äquivalente (das sind erfolgsverhindernde Bedingungen, welche den zum Erfolg hinstrebenden Bedingungen das Gleichgewicht halten) für die Unterlassungsdelikte charakteristisch sei[39]). Wenn das Verschulden einem vorausgegangenen positiven Tun nachfolgt, dann fehlt nach seiner Ansicht eine solche Vernichtung selbstgesetzter, negativer Bedingungen, so daß diese Fälle nicht zu den „unechten Unterlassungsdelikten" gezählt werden dürften. Es liege infolgedessen nur eine „scheinbare Konkurrenz von schuldloser Verursachung und culpa subsequens"[40]) vor. In Wahrheit sei hier ein reines Kommissivdelikt gegeben; das Verhalten des Inkulpaten trage durchaus Begehungscharakter. Das anscheinende Nichthindern des Erfolges stelle nicht für sich allein ein selbständiges Delikt dar, wie die „unechten Unterlassungsdelikte", sondern es sei zusammen mit dem vorausgegangenen positiven Tun (der sogenannten „Vorhandlung") als einheitliche Verur-

[37]) Normen II S. 599 ff.

[38]) Binding stimmt mit der allgemeinen Meinung in der Ablehnung des „dolus subsequens" überein. Auf S. 588 Anm. 28 bringt er zum Ausdruck, daß er nur einen „dolus superveniens" anerkennt. Er sagt an dieser Stelle: „Das für den Erfolg entscheidende Stadium des Verhaltens folgt also stets der Fassung des schuldhaften Entschlusses (den schädlichen Erfolg nicht abzuwenden) nach."

[39]) Z. B. der Bahnwärter, der es unterläßt, die Weiche zu stellen, vernichtet damit die den Erfolg abhaltende Bedingung, welche er durch die seinerzeitige Übernahme seines Amtes gesetzt hat.

[40]) „culpa" ist hier gebraucht für „Schuld" überhaupt, also mit Einschluß des dolus; er versteht unter culpa „subsequens" die culpa „superveniens", wie sich aus Anm. 38 ergibt.

sachungshandlung zu betrachten. Bei den „Begehungsdelikten durch Unterlassung" beginne die strafbare Handlung erst mit der Unterlassung, während sie hier bereits mit der Vorhandlung beginne.

Die Argumentation Bindings ist folgende: Die Verursachung ist im Zeitpunkt der schuldhaften Nichthinderung noch nicht abgeschlossen. „Noch ist der Wille nicht verwirklicht, noch bestimmt sich das Maß möglicher Kraftentfaltung der gesetzten, fördernden Bedingungen durch die Abhängigkeit dieses objektiv gewordenen Willensstückes von dem Willensganzen des handlungsfähig [41]) Gewordenen. Noch hat es dessen Wille in der Hand, den von ihm selbst gesetzten, fördernden Bedingungen die Kraft, ihre Gegner zu überwachsen, durch Nichtsetzen negativer Bedingungen zu verschaffen oder aber durch Setzen hindernder Bedingungen zu nehmen. Die Entscheidung über Verursachung oder Nichtverursachung liegt also noch vollständig bei ihm. Gibt er jetzt, sei es unbedacht, sei es geflissentlich, seine Herrschaft über jene verlaufende Entwicklung auf, so entscheidet er dadurch zugunsten der Verursachung." Das Setzen positiver Kausalitäten verpflichtet nach Binding zugleich zu deren späterer Hemmung. „Aus der Identität des Setzenden und des zur Hemmung Berufenen erwächst ... allein die Möglichkeit, durch Unterlassung zu verursachen." [42]) „Solange es noch in unserer Macht steht, den von uns gesetzten, positiven Bedingungen die wirkende Kraft zu nehmen, solange haben wir noch nicht verursacht, erst wenn wir dies nicht mehr zu tun vermögen oder nicht zu tun beschließen, wird die Ursache fertig."

Die soeben entwickelte Theorie läßt sich am besten mit dem eigenen Verursachungsbegriff Bindings widerlegen. Unter „Verursachung" versteht Binding die Herbeiführung des Übergewichts

[41]) d. h. desjenigen, der sich nunmehr „schuldhaft" verhält.

[42]) Unter den Beispielen, die Binding hierfür gibt, erwähnt er auch das Nichternähren eines neugeborenen Kindes seitens seiner Eltern. Er sagt: „Das Verschmachtenlassen des Kindes ist kein Unterlassungsdelikt im technischen Sinne. Vielmehr verursachen die beiden Eltern als Mittäter eine Lage ihres Kindes, die ohne ihre Intervention für dieses eine lebensgefährliche ist. Dies gilt auch von der Mutter, die bewußtlos geschwängert wurde. Überlassen nun Vater oder Mutter oder beide diese von ihnen geschaffene gefährliche Lage ihrer natürlichen Entwicklung, so verursachen sie dadurch den Tod des Kindes" (Normen II/260 Anm. 315, S. 265 Anm. 316). Vgl. v. Buri, GerS. 21/214: „Die Mutter ist zur Ernährung gesetzlich verpflichtet, zugleich hat sie diese Pflicht auch dadurch übernommen, daß sie das Kind in ein hilfloses Dasein gerufen hat. Darum wird sie durch das Verhungernlassen des Kindes zum Urheber des Todes."

der positiven über die negativen Bedingungen des Erfolgs durch menschlichen Willen. Damit sich also das Nichthemmen selbstgesetzter Kausalitäten als Verursachung darstellt, müßte es ein solches Übergewicht der positiven Bedingungen herbeiführen, sei es durch Schwächung der negativen oder durch Stärkung der positiven Bedingungsmasse.

Ortmann[43]) weist sehr richtig darauf hin, daß das Nichtsetzen negativer Bedingungen keinesfalls eine Schwächung der schon vorhandenen negativen Bedingungsmasse bewirken kann, was auch Binding selbst nirgends bestreitet. Andererseits aber bleibt Binding jeglichen Beweis dafür schuldig, daß das Nichtsetzen negativer Bedingungen eine „Verstärkung" der positiven Bedingungsmasse in sich schließt. Eine solche Verstärkung der den Erfolg befördernden Bedingungen tritt eben nur dann ein, wenn der Inkulpat seine schuldlos begonnene, aktive Handlung nunmehr fortsetzt. Außerdem ist auch der Ausgangspunkt der Theorie Bindings nicht absolut richtig. Das wird namentlich von Traeger betont; er zeigt an einem Beispiel[44]), wie man bei nachträglichem Eintritt des Erfolgswillens in vielen Fällen in der Unterlassung eine Vernichtung selbstgesetzter negativer Bedingungen zu erblicken vermag. Der Automobilfahrer, der Jäger, der mit dem Gift arbeitende Chemiker[45]) — sie alle wollten doch ursprünglich Verletzungen Dritter vermeiden. Traeger stellt daher die Frage: „Warum soll diesem Willen nicht der Charakter einer abhaltenden Bedingung zuzusprechen sein?"

Übrigens hat es den Anschein, als ob nicht wissenschaftliche Erwägungen und logische Erkenntnisse Binding zur Aufstellung jener Theorie veranlaßt hätten, sondern rein praktische Gesichtspunkte. Er sagt nämlich selbst, daß es sich hierbei um eine „rein praktikable Abgrenzung" handelt, um „die sowieso schon reiche und sehr schwer übersichtlich zu gebende Lehre von den Begehungsdelikten durch Unterlassung durch Einbeziehung jener Fälle (gemeint sind die Fälle des nachfolgenden Erfolgswillens) nicht noch mehr zu belasten". Somit ist als Schlußergebnis festzustellen, daß alle jene Theorien, welche ein vorsätzliches Begehungsdelikt annehmen, für die Verantwortlichkeit des Inkulpaten keine befriedigende Erklärung geben können.

---

[43]) Gerichtssaal 30/361.

[44]) a. a. O. S. 56: „Ein Reiter wird doch wohl beim Antreiben des Pferdes regelmäßig von dem Willen beseelt sein, Verletzungen anderer durch sein Pferd möglichst zu vermeiden."

[45]) Siehe Beispiel S. 21 der vorliegenden Abhandlung.

§ 3.

Begründung der Strafbarkeit durch Annahme eines vorsätzlichen Unterlassungsdeliktes.

I. Das Problem der Kommissivdelikte durch Unterlassung.

Nachdem sich gezeigt hat, daß die Strafbarkeit des Inkulpaten auf dem Weg über den dolus subsequens oder mit Hilfe der Theorie von Binding nicht gerechtfertigt werden kann, bleibt nur mehr die andere Möglichkeit offen, ihn zu bestrafen wegen eines vorsätzlichen Unterlassungsdelikts. Die Forderung, daß Tatbestandsverwirklichung und Verschulden zusammentreffen müssen, scheint hier erfüllt, denn bei der letzteren Auffassung der Sachlage wird die Unterlassung in subjektiver Hinsicht gedeckt durch den gleichzeitig vorhandenen Erfolgswillen. Indessen stößt man bei Annahme eines Unterlassungsdeliktes wieder in anderer Beziehung auf Schwierigkeiten.

Wenn es sich einfach darum handeln würde, daß der Inkulpat eine Handlung nicht vorgenommen hat, welche das Gesetz dadurch implicite verlangt, daß es deren Nichtvornahme mit Strafe bedroht, so wäre die Entscheidung sehr einfach. Der Unterlasser hätte gegen eine gesetzlich festgelegte Pflicht zum Handeln verstoßen und sich durch Unterlassen der geforderten Tätigkeit daher strafbar gemacht. Wie Traeger[1]) richtig bemerkt, bezwecken natürlich auch derartige Tätigkeitsgebote die Verhinderung eines bestimmten schädlichen Erfolges; dessen Eintritt hat aber nicht die Bedeutung einer Strafbarkeitsbedingung, denn die Strafe ist schon verwirkt mit dem bloßen Nichthandeln, ohne Rücksicht darauf, ob der Erfolg später sich einstellt oder nicht.

Ein solches sogenanntes „echtes Unterlassungsdelikt" oder „Omissivdelikt" liegt jedoch in den von uns zu behandelnden Fällen nicht vor, es ist vielmehr ein sogenanntes „unechtes Unterlassungsdelikt"[2]), ein „Kommissivdelikt durch Unterlassung" gegeben. Der Unterlasser soll hier in den Fällen der subsequenten Imputation nicht bestraft werden wegen Verletzung einer Gebotsnorm, sondern wegen Verletzung einer Verbotsnorm. Seine

[1]) Unterlassungsdelikte S. 10.

[2]) Die Unterscheidung zwischen „echten" und „unechten" Unterlassungsdelikten stammt von Luden (Abhandlungen aus dem gemeinen, teutschen Strafrecht).

Strafbarkeit soll nicht gestützt werden auf Bestimmungen, welche gebieten, eine bestimmte Tätigkeit (zwecks Erfolgsverhinderung) vorzunehmen, sondern auf Bestimmungen, welche verbieten, einen schädlichen Erfolg herbeizuführen; der tatsächliche Eintritt des Erfolges ist also eine Strafbarkeitsbedingung. Dem Unterlasser wird zur Last gelegt, durch Nichthinderung des Erfolges den gesetzlichen Tatbestand eines Begehungsdeliktes verwirklicht zu haben.

Folgen wir zweckmäßigerweise der Einteilung, welche Glaser[3]) für die unechten Unterlassungsdelikte getroffen hat, so handelt es sich hier um jene Gruppe von unechten Unterlassungsdelikten, bei welcher der Unterlasser selbst eine den schädlichen Erfolg fördernde Bedingung gesetzt hat. Die andere Gruppe wird gebildet durch die Fälle, in denen jemand z. B. durch Vertrag oder Amtsübernahme eine Verpflichtung übernommen hat, einen schädlichen Erfolg abzuwenden. Wir können uns bei der folgenden Untersuchung auf die erstere Gruppe von unechten Unterlassungsdelikten beschränken, da eine vorausgegangene Pflichtenübernahme gemäß der von uns getroffenen Abgrenzung des Themas nicht in Betracht kommt.

In der ganzen Fassung der Deliktstatbestände[4]) der Kommissivdelikte liegt nun aber eine so starke Betonung des Tätigkeitsmomentes, daß sofort Zweifel auftauchen über die Zulässigkeit der Konstruktion des „Kommissivdeliktes durch Unterlassung". Kann man denn ein Unterlassen einem positiven Tun ohne weiteres als gleichwertig betrachten? Darf man die Nichtabwendung des Erfolges der Herbeiführung durch positive Handlungen gleichsetzen?

Soweit das Strafgesetz selbst ausdrücklich die Nichthinderung des Erfolges in gleicher Weise wie die Verursachung unter Strafe stellt, ist jeder Zweifel ausgeschlossen[5]). Diese durch Gesetz ausdrücklich normierten Fälle interessieren uns jedoch nicht weiter, denn wir wollen ja gerade für die übrigen Fälle die Voraussetzungen finden für die Gleichstellung der Nichtabwendung des Erfolgs mit der Herbeiführung des Erfolgs durch positive Handlung. Dazu genügt noch nicht die Tatsache allein, daß jemand unterläßt, irgendeinen beliebigen Erfolg zu verhindern. Wenn z. B.

---

[3]) Abhandlungen aus dem österr. Strafrecht I.

[4]) Sie lauten entweder: „Wer den Tod verursacht" oder „wer tötet", „wer eine Sache beschädigt", „wer sich eine Sache zueignet" usw.

[5]) Es sind dies im Strafgesetzbuch die Fälle der §§ 121, 179, 316/II, 318/II, 345, 347, 354, 355, 357. Siehe auch Landsberg S. 195 ff.; Paul Merkel S. 32.

der Spaziergänger A im Walde einen durch Unglücksfall schwer verletzten Holzfäller X findet und den Mann hilflos liegen läßt, obwohl er dessen Tod durch langsames Verbluten voraussieht und es ihm möglich wäre, noch rechtzeitig Hilfe zu holen, so wird der A für den Tod des X strafrechtlich nicht wegen Mordes verantwortlich [6]).

Man wird sich fragen, warum dies geschieht, wenn der Inkulpat vorher durch schuldloses Tun fördernde Bedingungen zu dem verpönten Erfolg gesetzt hat [7]). Die strengere Beurteilung des Verhaltens des Unterlassers A bei nachträglichem Eintritt des Erfolgswillens kann ihren Grund einzig und allein in dessen vorausgegangener eigener Handlung haben [8]). Wenn wir feststellen wollen, inwiefern das vorausgegangene schuldlose Tun die Gleichsetzung der Nichtabwendung des Erfolges mit der Herbeiführung durch positive Handlung rechtfertigt, so müssen wir einen Überblick geben über die verschiedenen Versuche, welche unternommen wurden, um für jene durch nachträglichen Eintritt des Erfolgswillens gekennzeichnete Gruppe der unechten Unterlassungsdelikte den Grund der Strafbarkeit theoretisch nachzuweisen.

Die Theorien, die seit Ludens Abhandlungen über die Unterlassungsdelikte aufgestellt wurden, lassen sich in zwei Hauptrichtungen gliedern:

Die eine Richtung, die das Problem der „Kommissivdelikte durch Unterlassung" im Anschluß an Luden durch Nachweis der Kausalität der Unterlassung lösen will, sieht im vorausgegangenen Tun das Geschehen, welches die Kausalität der nachfolgenden Unterlassung begründet und damit auch die Verantwortlichkeit des Unterlassers für den positiven Erfolg herstellt.

Die andere Richtung dagegen lehnt alle Erörterungen darüber, ob der Unterlassung eine natürliche Kausalität innewohnen könne, von vornherein als ganz nutzlos ab und sucht das Problem der „Kommissivdelikte durch Unterlassung" zu lösen, indem sie besonderes Gewicht legt auf das Erfordernis der Rechtspflichtwidrigkeit der Unterlassung. Letztere Richtung sieht im vorherge-

---

[6]) So die allgemeine Meinung, vgl. auch Thyrén S. 4.

[7]) Z. B. wenn A vorher schuldlos den X angeschossen hat. Vgl. § 2 der vorl. Abhandl., ferner RGE. 24/339, 46/342, 18/96, 20/131, 60/77.

[8]) Auf keinen Fall ist es angängig, die Verantwortlichkeit damit zu begründen, daß man erklärt, das Nichthindern des Erfolges sei analog der Herbeiführen durch positive Handlung zu behandeln, denn die Pönalisierung eines Verhaltens im Wege der Analogie ist ausgeschlossen (§ 2/I RStGB. Art. 116 RV.).

gangenen Tun nur einen Umstand, welcher die nachfolgende Nichtabwendung des Erfolges zu einer rechtspflichtwidrigen Unterlassung stempelt und dadurch die Möglichkeit eröffnet, das Unterlassen gleich der Begehung zu bestrafen.

II. Die vorausgegangene positive Handlung als kausalitätsbegründendes Geschehen.

In der älteren gemeinrechtlichen Theorie beschäftigte man sich mit der Frage nach der Kausalität der Unterlassung ursprünglich überhaupt nicht. Erst Luden[9]) lenkte die allgemeine Aufmerksamkeit auf diese Frage, indem er für die unechten Unterlassungsdelikte[10]) die Kausalität als Voraussetzung der Strafbarkeit bezeichnete. Er wies darauf hin, daß Negatives und Positives nicht im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen könne. Man könnte den zum gesetzlichen Tatbestand eines Begehungsdelikts gehörigen Erfolg nicht demjenigen zurechnen, der bloß untätig gewesen ist, denn sein Verhalten sei für den Erfolg nicht kausal[11]). Die Nachfolger Ludens gingen daher alle von dem Gedanken aus: Wer einen bestimmten schädlichen Erfolg nicht verhütet, kann nicht bestraft werden, weil er den Schaden verursacht habe, sondern höchstens, weil er ihn nicht verhindert habe. Für dieses Nichttun kann freilich der Unterlasser in gleicher Weise verantwortlich gemacht werden, wie wenn er selbst den Schaden herbeigeführt hätte. Dazu sei aber eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift nötig, die unter Androhung jener auf Verursachung stehenden Strafe eine Pflicht zum Handeln auferlegt. Da jedoch solche Vorschriften nur in wenigen Ausnahmefällen[12]) ergangen sind, so müßte man alle übrigen Fälle der Nichtverhinderung eines schädlichen Erfolgs straflos lassen, was ein sehr unbefriedigendes Ergebnis wäre[13]).

[9]) Abhandlungen S. 165 ff., S. 219 ff.

[10]) Die Unterscheidung von „echten" und „unechten" Unterlassungsdelikten stammt, wie bereits erwähnt, ebenfalls von Luden.

[11]) Die Auffassung, daß dem Unterlassen an sich eine Naturkausalität (d. h. eine Kausalität im mechanischen Sinn) nicht zu eigen ist, wurde von sämtlichen Schriftstellern bestätigt. Verschiedene Autoren sprechen zwar immer davon, daß die Unterlassung „kausal" sei, sie verlegen aber die Kausalität auf psychisches Gebiet (Geyer, Aldosser, Finger) oder konstruieren eine andersartige „Rechtskausalität" (wie v. Rohland, Kohler, v. Bar).

[12]) Vgl. die Aufzählung auf S. 18 Anm. 5 der vorliegenden Abhandlung.

[13]) Geyer, dem sich Aldosser und Finger angeschlossen haben, will um diese Konsequenz dadurch herumkommen, daß er die Unterlassung

1. Herstellung des Kausalzusammenhangs ausschließlich durch das positive Tun.

Damit es nun trotz des Fehlens einer besonderen gesetzlichen Anordnung möglich ist, den Inkulpaten zu bestrafen, verfiel man auf den Ausweg, in dem gesamten Verhalten des Unterlassers ein positives Moment zu suchen, um auf diese Weise schließlich doch noch einen Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem eingetretenen Erfolg herstellen zu können.

Jenes positive Moment erblickt Luden in dem gleichzeitigen Andershandeln des Unterlassers, d. h. in der positiven Handlung, die der Unterlasser vollzieht während der Unterlassung der erforderlichen Tätigkeit. Abgesehen davon, daß nicht jede Unterlassung von einer positiven Handlung begleitet ist, zeigt sich das Unsinnige einer derartigen Lehre sofort an einem Beispiel: Der Chemiker, der es ruhig geschehen läßt, daß ein Kind in sein Laboratorium hereinkommt und eine giftige Substanz in den Mund nimmt, hätte das Kind — wenn er zufällig während des Vorganges eine Zigarette rauchte — durch Zigarettenrauchen getötet. Eine weitere Erörterung dieser Theorie scheint daher überflüssig.

Die Nachfolger Ludens lehnten die Unterlassung in den Fällen der subsequenten Imputation an die vorausgehende aktive Handlung [14]) an und sahen in dem Zusammentreffen von negativem und positivem Tun den Grund für die Kausalität der Unterlassung. Nach Krug [15]) erhält die Unterlassung ihren kausalen Charakter allein durch das vorausgehende Tun, welches ja mit dem Erfolg in Kausalzusammenhang steht. Die Zurechnung des Erfolges zum dolus erreicht Krug dadurch, daß er behauptet, es müßte bei Beantwortung der Schuldfrage nicht nur die Zeit der positiven Handlung, sondern auch die Zeit der darauffolgenden

---

als eine psychisch wirkende Verursachung hinstellt. Der Unterlasser rufe in der Seele eines beseelten Wesens den Reiz hervor, eine Tätigkeit vorzunehmen, welche den Erfolg befördert (z. B. das Nichtwarnen eines anderen bei Annäherung an eine gefährliche Stelle veranlaßt diesen zum Weitergehen). Diese Lehre ist unbrauchbar, denn sie versagt stets, wenn es an einem beseelten Wesen fehlt. Außerdem wurde sie auch in anderer Beziehung von Wachenfeld und Traeger gründlich widerlegt.

[14]) Auch Stübel spricht bereits in seiner Schrift „Über die Teilnahme“ von „vorhergehender Handlung“ als einem Rechtsgrund für die Strafbarkeit der Unterlassung, doch meint er damit nicht (wie im neueren Sprachgebrauch üblich) ganz allgemein „vorhergehendes Tun“, sondern nur eine vorausgehende „strafbare Handlung“.

[15]) Abhandlungen S. 21 ff.

Unterlassung in Betracht gezogen werden[16]). Der dolus müsse nicht unbedingt der den Erfolg verursachenden Handlung vorausgehen oder gleich bei ihrem Beginn vorhanden sein, sondern er könne ihr auch nachfolgen. Freilich gibt Krug zu, es sei mit dem Vorhandensein des Erfolgswillens und Kausalzusammenhangs noch nicht getan, objektive und subjektive Zurechnung müßten vielmehr ineinandergreifen. Dies sei jedoch nach seiner Konstruktion der Fall; wenn nämlich jemand die Wahrnehmung mache, daß seine schuldlose oder erlaubte Handlung zur Erreichung verbrecherischer Zwecke geeignet sei und er sie nun bewußt fortwirken lasse, so benutze er den Verlauf seiner früheren Handlung zur Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges.

Glaser betrachtet ebenfalls die den Erfolg verursachende vorausgegangene Tätigkeit als den Grund der Strafbarkeit, doch erklärt er, Krug habe sich bei dem Versuch, die Zurechnung des Erfolges zum dolus zu begründen, unnötige Schwierigkeiten gemacht, weil er sich nicht von jener falschen Auffassung des dolus habe losmachen können, welche den tatsächlichen Vorgang in zwei Teile spaltet, die durch den Zeitpunkt des Eintretens des Vorsatzes voneinander getrennt sind. Bei richtiger Betrachtung des Gesamtverhaltens des Täters löse sich die Frage der subjektiven Zurechenbarkeit der Verursachung in folgender einfacher Weise: „Von dem Augenblick angefangen, wo der Mensch zum Objekt der Verletzung in eine tatsächliche Beziehung trete, bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkür völlig unabhängig geworden ist — in dieser ganzen Zeit bildet sein posipositives und negatives Verhalten ein Ganzes. Innerhalb dieses Zeitraumes muß denn auch, wenn von einem dolosen Handeln die Rede sein soll, der dolus eingetreten sein und das Benehmen des Täters bestimmt haben. Daß dieser dolus schon von jenem ersten Augenblick an, in welchem die tatsächliche Beziehung begann, eingetreten sein müsse, das wird wohl niemand ernstlich verlangen. Indem der dolus in die getroffenen Vorbereitungen hineintritt und den Handelnden antreibt, sie seinem neugefaßten Zweck dienstbar zu machen, gibt er ihnen rückwirkend den verbrecherischen Cha-

---

[16]) Auf S. 40 heißt es: „Niemand zweifelt daher, demjenigen, der eine gefährliche Handlung vornimmt, das daraus entstehende Unrecht zur culpa zuzurechnen. Dann ist es aber auch konsequent, ihm das von ihm beabsichtigte Unrecht zum dolus anzurechnen, mag er nun die Absicht schon bei Vornahme der gefährlichen Handlung oder erst bei Unterlassung der zur Verhütung der Gefahr erforderlichen Handlung gehegt haben."

rakter, d. h. er stellt sie mit den in böser Absicht getroffenen Vorbereitungen gleich.“ [17])

Auf Grund seiner Auffassung, daß man es bei nachträglichem Eintritt des Erfolgswillens nicht mit zwei ganz selbständigen Handlungen zu tun hat, sondern mit den zeitlich aufeinanderfolgenden Bestandteilen einer einzigen Handlung, stellt Glaser die Regel auf: „Eine schuldhafte (dolose oder culpose) Unterlassung bewirkt, daß derjenige, welchem sie zur Last fällt, für den durch sein Handeln herbeigeführten, zum Tatbestand eines Delikts gehörigen Erfolg verantwortlich gemacht und als Urheber desselben gestraft wird.“ [18])

Die Theorien von Krug und Glaser wurden außerordentlich heftig bekämpft. Man wirft den beiden Autoren allgemein vor, daß ihre Lehren letzten Endes auf die Anerkennung eines „dolus subsequens“ hinauslaufen, da sie beide den später eintretenden Vorsatz zurückbeziehen müßten auf den Zeitpunkt des positiven Handelns [19]). Bei Krug ist das ohne weiteres klar, weil er das in der schuldhaften Unterlassung sich äußernde Benützen der vorausgegangenen Handlung als kausalitätslos betrachtet. Wenn Krug daher von vorsätzlicher Verursachung durch Unterlassung spricht, so ist das nichts anderes als eine harmlose Umschreibung der unzulässigen Konstruktion des dolus subsequens. Glasers Theorie verrät das Bemühen, jenen Vorwurf von vorneherein zu entkräften, indem er behauptet, Verschulden und Kausalität seien im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Gesamtverhaltens des Täters gleichzeitig gegeben. Er sieht das Setzen einer den Erfolg fördernden Bedingung durch positives Tun und ein darauffolgendes Nichtabwenden des schädlichen Erfolgs mit Bezug auf den Erfolg als eine im Rechtssinn einheitliche Handlung an [20]).

Ich halte diese Auffassung für richtig, und meines Erachtens gehen Traeger [21]), Ortmann [22]), Merkel [23]) und andere mit ihren Einwendungen bezüglich dieses Punktes fehl. Das verbotene

---

[17]) Abhandlungen S. 301.

[18]) Bei Krug kommen auf S. 39 ff. ähnliche Gedanken zum Ausdruck.

[19]) So namentlich Merkel, Ortmann (Gerichtssaal 30/359), Schwarze, v. Buri, Landsberg, Liszt-Schmidt, Finger, Traeger (S. 32).

[20]) Es darf wohl als selbstverständlich angenommen werden, daß Glaser die Einheitlichkeit nicht auffaßt im Sinne eines zeitlich zusammenhängenden Körperverhaltens, wie seine Gegner zu unterstellen scheinen.

[21]) S. 33 a. a. O.

[22]) S. 359—361 a. a. O.

[23]) Kriminalistische Abhandlungen Bd. I S. 84.

Handeln im Sinn des Strafgesetzes umfaßt nämlich sowohl die positiven Tätigkeitsakte, wie auch nachfolgendes passives Verhalten, solange der Täter den von ihm angeregten Kausalverlauf noch entscheidend beeinflussen kann[24]). Die Annahme einer solchen juristischen Einheit des Verhaltens ist durchaus nichts Willkürliches und Gekünsteltes, wie Traeger meint, sondern in der Strafrechtswissenschaft unter einem anderen Gesichtspunkt sogar schon allgemein anerkannt, und zwar denke ich hier an die fortgesetzten Delikte und die Kollektivdelikte. Auch dort liegt eine Handlungseinheit im physischen, tatsächlichen Sinne nicht vor.

Die Theorie Glasers ist jedoch damit noch keineswegs gerettet, denn unter der theoretischen Voraussetzung, daß nur wegen vorsätzlicher Verursachung bestraft werden soll, genügt es eben nicht, wenn der Erfolgswille sich irgendwann im Verlauf eines rechtlich einheitlichen Verhaltens einstellt. Es muß dann vielmehr der dolus gerade mit den kausalen Tätigkeitsakten zeitlich zusammenfallen. Anders ist es, wenn wegen schuldhafter Nichthinderung gestraft werden soll und der Rechtsgrund der Handlungspflicht gesucht wird. In diesem Fall vermag die Annahme einer juristischen Einheit des Handelns sehr gute Dienste zu leisten. Das kommt aber hier nicht in Betracht, so daß es auch Glaser trotz aller scharfsinnigen Ausführungen nicht gelungen ist, in seiner Lehre den dolus subsequens zu umgehen. Als weiterer Einwand gegen seine Theorie ist zu erwähnen, daß er es völlig im unklaren läßt, was er mit dem Ausdruck meint: „In tatsächliche Beziehung treten“ [25]).

Diese Darlegung dürfte genügen, um zu zeigen, daß die Theorien von Krug und Glaser zur wissenschaftlichen Rechtfertigung der Strafbarkeit bei „Kommissivdelikten durch Unterlassung“ unbrauchbar sind.

Die Theorie von Merkel teilt notwendigerweise das Schicksal ihrer Vorläuferinnen, da sie ebenfalls die Strafbarkeit der Unterlassung aus der Kausalität des vorangehenden positiven Tuns ableitet. Nach Merkels Behauptung stellt die vorausgegangene Handlung nicht nur den Kausalzusammenhang her, sondern sie enthält auch zugleich das Schuldmoment. Er sagt: „Das Band, welches Tun und Lassen auch in subjektiver Beziehung als eine Einheit erscheinen läßt, kann nur in der Verantwortlichkeit gefunden werden, welche sich in dem ersteren in bezug auf das letztere be-

[24]) Siehe S. 45 ff. der vorl. Abhandl., wo diese Frage näher behandelt wird.

[25]) Merkel und v. Bar ergehen sich hierüber in haltlosen Vermutungen. Es hat wenig Wert, hierauf einzugehen.

gründet." Die subjektive Zurechnung müsse nicht fiktionsweise, sondern gleich der objektiven Zurechnung in Wirklichkeit auf das aktive Verhalten zurückgeführt werden können, falls der Unterlasser als Urheber verantwortlich sein soll. Dazu sei erforderlich, daß die vorhergehende positive Handlung „in voraussehbarer Weise Interessen Dritter gefährdet".

Wer eine Tätigkeit in Kenntnis oder in fahrlässiger Unkenntnis ihres gefährdenden Charakters vornehme, der mache die „Integrität der Interessen eines anderen" abhängig von einem weiteren Handeln, durch welches die Gefahr wieder beseitigt werden soll. Unterbleibt dann die Abwendung des schädlichen Erfolgs, so liegt der Rechtsgrund der Haftung für den Erfolg sowohl in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht im vorhergegangenen aktiven Handeln. „Wie hier der äußere Erfolg nicht herbeigeführt wird durch die Unterlassung, sondern durch die vorausgehende Wirksamkeit, so wird die Zurechnung desselben nicht erst durch die Unterlassung begründet, sondern als eine eventuell eintretende bereits durch diese Wirksamkeit." [26])

Zur Erklärung seines Gedankenganges vergleicht Merkel die Frage der Zurechnung bei den unechten Unterlassungsdelikten mit einem bedingten Rechtsgeschäft; gerade so wie dieses seine Wirksamkeit einzig und allein aus dem Abschluß des Vertrages herleite und nicht aus jenen Umständen, durch welche die Bedingung erfüllt wird, so sei auch hier das Verschulden zwar bereits während der vorausgegangenen Handlung gegeben, ob es aber dem Handelnden zuzurechnen sei, darüber entscheide das nachfolgende Verhalten. „Die Unterlassung stellt nur eine Bedingung her für den Eintritt verantwortlicher Urheberschaft, deren Prinzip in der vorausgehenden Tätigkeit liegt." [27])

Die Theorie Merkels bietet zahlreiche Angriffspunkte. Traeger bringt vor [28]), daß sie eine ungebührliche Einschränkung der Unterlassungsdelikte bedeutet, da man nach ihr alle Fälle der Nichtverhinderung des Erfolges, bei denen eine gefährdende Handlung nicht vorausgegangen ist, straflos lassen müßte. Dasselbe würde auch gelten, falls sich der Unterlasser während seiner positiven Handlung in schuldloser Unkenntnis über ihre Gefährlichkeit befand, denn in einem völlig harmlosen Handelnden kann der Wille zu einer weiteren Tätigkeit überhaupt nicht entstehen. Faßt man außerdem Merkels These von der bedingten Schuld näher in das

[26]) Abhandlungen S. 87.
[27]) Abhandlungen S. 84.
[28]) a. a. O. S. 38.

Auge, so ergeben sich die seltsamsten Konsequenzen. Die Analogie zum bedingten Rechtsgeschäft muß nämlich dazu führen, daß der Grad des Verschuldens nicht nach der Willensgestaltung während der Unterlassung, sondern nach der Willensgestaltung im Zeitpunkt des positiven Handelns bestimmt wird. Über den rechtlichen Charakter des Verschuldens würde demnach die aktive Handlung entscheiden, während durch die Unterlassung nur noch die in der Schwebe befindliche Frage der Existenz oder Nichtexistenz des Verschuldens geklärt wird. ... Geschah das vorausgegangene positive Handeln in fahrlässiger Unkenntnis der entstehenden Gefahr, so wäre bei Nichtverhinderung des Erfolges ein fahrlässiges Unterlassungsdelikt anzunehmen, mag der Täter auch in Wahrheit nachträglich bewußt und absichtlich die Abwendung des Schadens unterlassen haben.

Ein vorsätzliches Unterlassungsdelikt vermag diese Lehre überhaupt nicht zu erklären, denn es handelt sich nicht mehr um ein Unterlassungsdelikt, sondern von vorneherein um ein reines Begehungsdelikt, wenn der Unterlasser bereits während seines positiven Tuns sich alle zum Deliktstatbestand gehörigen Lebenskonkreta vorgestellt und den Erfolg gebilligt hat. Aus diesem Dilemma wäre nur herauszukommen, wenn man unterstellt, daß Merkel im Augenblick der positiven Handlung nicht schon ein Verschulden im strengen strafrechtlichen Sinn verlange, daß er vielmehr lediglich eine Erkenntnis der Gefährlichkeit ohne gleichzeitige verbrecherische Willensrichtung fordere. Erst die spätere Unterlassung verwandle dann das Bewußtsein der Gefährlichkeit in echten Vorsatz.

Eine derartige Umdeutung einer strafrechtlich irrelevanten „Einsicht" zu einem „Vorsatz" im Rechtssinn wäre freilich reine Willkür und würde den in der Wissenschaft ausgebildeten Vorsatzbegriff umstoßen. Von „Vorsatz" kann nur dann die Rede sein, wenn sich zu dem Vorstellungselement gleichzeitig ein Willenselement hinzugesellt, anderenfalls käme man wieder auf „dolus subsequens" hinaus. Im Hinblick auf all diese Widersprüche und Schwächen ist es sehr verständlich, daß die Forderung auf Voraussehbarkeit des Erfolges bei dem vorangehenden positiven Tun und die Konstruktion eines bedingten dolus in der Wissenschaft schärfste Ablehnung erfahren haben[29]).

[29]) Gegen Merkel namentlich: Schwarze, Kommentar S. 47, 49 ff.; Binding, Normen II S. 258; v. Buri, GerS. 21/190 ff.; Ortmann, GerS. 30/361; Rotering, GerS. 34/213; Landsberg, Kommissivdelikte S. 6; Beling, Grundzüge S. 33.

2. Das positive Tun als Vorbedingung für die Kausalität der späteren Unterlassung.

Das Mißlingen der Versuche, das die Strafbarkeit begründende kausale Element der Unterlassung ausschließlich in die vorangegangene aktive Handlung zu verlegen, veranlaßte einige Schriftsteller, das verursachende positive Moment im Unterlassen selbst zu suchen. Das vorausgehende Tun blieb allerdings auch hier insofern von Bedeutung für die Strafbarkeit der Unterlassung, als man in ihm die Vorbedingung sah für die Kausalität der späteren Unterlassung. Man nahm an, daß die vorausgehende Handlung notwendig von dem Entschluß begleitet sein müsse, eventuelle schädliche Folgen abzuwenden, da sie doch ohne verbrecherische Absicht vorgenommen wird. Dieser Entschluß spielt nach Ansicht der betreffenden Autoren die Rolle einer negativen Bedingung des Erfolges. Durch das Nichtabwenden des Erfolges „vernichtet" der Unterlasser diese abhaltende Bedingung, wird also positiv tätig und macht sich damit zum Urheber des Erfolges.

Die erste Formulierung dieser Auffassung stammt von Buri. Er hat zwar später einen wesentlich anderen Standpunkt vertreten und sich vorbehaltslos für jene wissenschaftliche Richtung ausgesprochen, welche die „Kommissivdelikte durch Unterlassung" aus dem Gesichtspunkt der Rechtspflichtwidrigkeit der Unterlassung erklärt, doch ist es trotzdem nötig, seine frühere Auffassung durch Zitate aus der Abhandlung im Gerichtssaal Bd. 21 kurz zu charakterisieren, da sie die Grundlage für zwei andere Theorien bildet.

Auf Seite 199 lesen wir den Satz: „Der Handelnde hat in der vorausgegangenen Handlung den Willen, den möglichen Erfolg abzuwenden, niedergelegt, und es ist hierin eine dem Erfolg entgegenwirkende causa zu erkennen. Wenn nun der Handelnde in sich den neuen Willen erweckt, das Gegenteil von dem früher Gewollten zu wollen, so unterdrückt er hierdurch seinen früheren Willen und hiermit zugleich die causa, welche ihn dazu antreiben mußte, der Entwicklung des schädlichen Erfolges entgegenzutreten, um nicht wegen der Kausalität seiner früheren Handlung für denselben haftbar zu werden. Die Verhinderung der Entwicklung einer entgegenwirkenden Ursache ist aber gleich einer mitwirkenden Ursache, und darum erscheint die Umänderung des ursprünglichen Willens in sein Gegenteil zugleich kausal." Noch klarer ist der Hinweis auf den Zusammenhang von vorangehen-

dem Tun und nachfolgender Unterlassung auf S. 213: „Die Unterlassung der Abwendung des Erfolges kann nur wegen der hiermit verbundenen Aufhebung des Willenszusammenhangs mit der vorausgegangenen kausalen Handlung zum strafbaren Urheber des Erfolges machen. Wo mithin eine die Kausalität bedingende eigene Handlung nicht vorliegt, kann von Urheberschaft durch Unterlassung keine Rede sein."

In der Theorie Ortmanns[30]) kehrt der Grundgedanke der Lehre Buris wieder. Auch Ortmann sieht das kausale Moment der Unterlassung in der Vernichtung einer abhaltenden Bedingung; er läßt aber das Setzen der negativen Bedingung nicht schon durch das Fassen des Abwendungsentschlusses gelegentlich der positiven Handlung geschehen, sondern er sagt, man habe die abhaltende Bedingung „in der nachher unterlassenen Tätigkeit selbst zu suchen; gleichviel, ob zur Zeit jener positiven Handlung der Abwendungswille vorhanden war oder nicht".

Die Art, wie Ortmann in dem Unterlassen sowohl das Setzen einer negativen Bedingung, als auch zugleich deren Vernichtung findet, zeugt von erstaunlicher gedanklicher Verwirrung. Durch das vorausgehende Tun des Inkulpaten A wird nach der Meinung Ortmanns in einem Dritten X die berechtigte Erwartung erregt, der A werde den schädlichen Erfolg durch eine weitere aktive Handlung abwenden. Infolge jener Erwartung unterläßt es der Dritte X, seinerseits dem Erfolg entgegenzuwirken. Die negative Bedingung besteht darin, daß die Erregung der genannten Erwartung im X nun den A verpflichtet, den Erfolg zu verhindern. Unterläßt er dies, so vernichtet er jene abhaltende Bedingung.

Traeger übt eine treffende Kritik an der Lehre Ortmanns, indem er darlegt, daß vorausgehendes Tun durch Erregung der Erwartung auf seiten des X keine negative Bedingung für den eingetretenen Erfolg setzt, sondern im Gegenteil eine positive Bedingung. Dadurch, daß der X infolge seiner irrtümlichen Erwartung veranlaßt wird, nichts gegen den drohenden Schaden zu unternehmen, wird der Erfolg erst recht gefördert. Was nicht vorhanden ist, kann natürlich auch nicht vernichtet werden[31]).

[30]) GerS. 26/439 ff., 27/209 ff., 32/173 ff. Außerdem in Holtzendorffs Strafrechtszeitung 1873 S. 465 ff.

[31]) Vgl. das vernichtende Urteil, welches Kraus in der JurVjSchr. Bd. 30/36 über die Theorie Ortmanns fällt: „Weiter als bis zu dem Punkt, daß man ein Vorgestelltes, Erwartetes, ja nicht einmal Erwartetes, sondern nur Erwartbares für ein bereits Daseiendes hält und den Nichteintritt desselben für dessen Vernichtung — kann wohl die Verwechslung nicht getrieben werden."

Unrichtig ist ferner die Voraussetzung, daß das Erregen einer Erwartung durch ein bestimmtes Verhalten die Rechtspflicht begründet, dessen Folgen abzuwenden. Die Existenz einer solchen Rechtspflicht ist nicht abhängig von der subjektiven Meinung eines Dritten, sondern nur von einer objektiven Rechtsnorm. Schließlich hilft die Theorie nicht das geringste, wenn ein Dritter fehlt, in dem eine Erwartung erweckt werden konnte oder in Fällen, wo eine derartige Erwartung aus irgendwelchen Gründen nicht hervorgerufen wurde.

Die Theorie Hälschners[32]) dagegen nähert sich wieder mehr der Auffassung v. Buris hinsichtlich der Feststellung der negativen Bedingung. Hälschner führt aus, daß der Handelnde, wenn er erkennt, daß sich aus seiner schuldlosen Tätigkeit ein schädlicher Erfolg zu entwickeln droht, gemäß seiner früheren Willensbestimmung den Erfolg abwenden müßte. Tue er das nicht, so zeige er, daß er seine Willensbestimmung geändert hat. Denn bisher wollte er doch einen anderen, nicht rechtswidrigen Erfolg herbeiführen durch eine Tätigkeit, „deren Aufgabe ebenso das Setzen seiner Bedingungen als das Beseitigen der ihm entgegenstehenden Hindernisse ist. Diese Willensbestimmung wird aufgegeben, und an ihre Stelle tritt die andere, einen bisher nicht beabsichtigten und als schädlich, rechtsverletzend erkannten Erfolg zuzulassen".

Jene Umwandlung des schuldlosen Willens in einen schuldhaften Willen veranlasse den Inkulpaten zum Unterlassen der Erfolgsabwendung. Die Frage, ob diese neu entstandene Willensbestimmung in ursächlichem Verhältnis zum Erfolg stehe, wird von Hälschner bejaht, denn das Unterlassen bedeute nicht nur ein „Nichtwollen und Nichttun des Endpunktes der bisherigen Tätigkeit". Vielmehr schließe die Unterlassung eine negative Handlung in sich, „durch die zunächst die Hemmung der körperlichen Bewegung, der Tätigkeit verursacht wird, welche ohne die Änderung der Willensbestimmung in der durch die ursprüngliche Absicht bezeichneten Richtung, Bedingungen des Erfolgs ponierend, Hemmnisse negierend fortgegangen sein würde". Wenn der Wille einmal eine Tätigkeit angeregt habe, so laufe diese in den allermeisten Fällen mechanisch fort, ohne daß es neuer Willensimpulse hiezu bedürfte. Dieses in den Bahnen der Gewohnheit sich weiterbewegende Handeln könne daher nur zum Stillstand gebracht werden durch einen neuen Willensakt, welcher hemmend auf die motorischen Nerven und die Muskeln einwirke.

[32]) Gemeines, deutsches Strafrecht Bd. 1 S. 240 ff.

Hälschner zieht hieraus den Schluß, daß das Stillstehen der Tätigkeit das Ergebnis einer Handlung ist; er sagt: „Unterlassen erscheint demnach als eine Handlung, durch die eine dem rechtsverletzenden Erfolg entgegenwirkende Tätigkeit aufgehoben, ein Hindernis seines Eintritts beseitigt wird." Die Bedeutung des vorangehenden positiven Tuns liegt nach Hälschners Auffassung darin, daß es als das gegebene Material zur Verursachung eines rechtsverletzenden Erfolges verwendet wird.

Die Theorie Hälschners wird gleich der Lehre Merkels von dem Vorwurf getroffen, daß sie den Kreis der unechten Unterlassungsdelikte zu eng zieht. Während Merkel die vorsätzlichen „Kommissivdelikte durch Unterlassung" nicht zu erklären vermag, werden durch die Konstruktion Hälschners die fahrlässig verübten unechten Unterlassungsdelikte nicht erfaßt, weil bei Fahrlässigkeit weder vorher der Wille vorhanden war, eventuelle schädliche Folgen zu verhindern, noch nachher die Gefährlichkeit des früheren Handelns erkannt wurde. In den Fällen der Kommissivdelikte durch Unterlassung, wo ein schuldloses Tun vorausgegangen ist, forscht man auch vergeblich danach, welche dem schädlichen Erfolg entgegenwirkende körperliche Tätigkeit durch das Unterlassen der Erfolgsverhinderung gehemmt wird. Worin ist z. B. in dem Fall des Automobilfahrers, der den von ihm überfahrenen Fußgänger hilflos liegen läßt, jenes aktive Verhalten zu finden, welches bei Ausbleiben der Unterlassung als negative Bedingung des Erfolges mechanisch fortwirken würde?

Es wird wohl kaum gelingen, die Behauptungen der Lehre Hälschners mit dem Sachverhalt in praktischen Fällen des Lebens in Einklang zu bringen. Als Grund dieses Widerspruchs zwischen Theorie und Wirklichkeit bezeichnet Traeger[33]) sehr richtig den Umstand, daß Hälschner übersehen hat, daß der schuldlos Handelnde, der nach erlangter Einsicht vorsätzlich untätig bleibt, nicht ein mechanisch weiterlaufendes Tun durch neuen Willensentschluß aufhält, sondern es vielmehr unterläßt, eine neue, völlig andere Tätigkeit zu beginnen. Für denjenigen, der schuldlos oder erlaubterweise fördernde Bedingungen zu einem rechtsverletzenden Erfolg setzt, entsteht nicht die Pflicht, sein Verhalten in gleicher Richtung fortzusetzen — das würde ja gerade zu dem verpönten Erfolg hinführen —, sondern es entsteht für ihn die Pflicht, die Wirkungen seines früheren Tuns durch ein entgegengesetztes positives Handeln zu beseitigen. Wer nur den Dingen

[33]) a. a. O. S. 59.

ihren freien Lauf läßt, wird in keiner Weise kausal für den Erfolg; er faßt lediglich einen neuen Entschluß, der von dem früheren abweicht, ohne dabei im geringsten in den Gang der äußeren Ereignisse einzugreifen. Die vielgenannte „Vernichtung des Abwendungsentschlusses" ist daher in Wahrheit ein rein innerer Willensvorgang ohne strafrechtliche Bedeutung, denn ein allgemein anerkannter Strafrechtsgrundsatz besagt, daß innere Willensakte der Willensbetätigung nicht gleich zu achten sind[34]).

Somit sind auch die Versuche, die Unterlassung selbst zu einer positiven Handlung umzuprägen, als gescheitert anzusehen. Es hat sich herausgestellt, daß die Bedeutung des vorausgehenden positiven Tuns für die Strafbarkeit des Unterlassers nicht darauf beruht, daß es die Kausalität der nachfolgenden Unterlassung begründet. Wir müssen uns deshalb nun mit den Vertretern der anderen wissenschaftlichen Richtung befassen, welche im vorausgehenden Tun den Rechtsgrund für die Verpflichtung zur Abwendung des schädlichen Erfolgs erblicken.

III. Die vorausgegangene Handlung als Rechtsgrund der Verpflichtung zur Abwendung des Erfolges.

Die Nutzlosigkeit aller Bemühungen, eine reale Kausalität der Unterlassung nachzuweisen, ist offenkundig. Es bleibt also nichts anderes mehr übrig, als die Verantwortlichkeit bei Kommissivdelikten durch Unterlassung darauf zurückzuführen, daß die Verhinderung des Erfolges rechtlich geboten ist. Die Rechtspflicht zum positiven Handeln knüpft sich bei der von uns zu behandelnden Gruppe von unechten Unterlassungsdelikten an die vorausgegangene eigene Tätigkeit[35]).

Einen anderen Rechtsgrund für die Handlungspflicht nachzuweisen, ist nicht möglich. Insbesondere kann sie nicht aus § 53 StrGB. abgeleitet werden, weil diese Bestimmung einem Dritten lediglich ein Recht zum Eingreifen gibt, ihn aber zu nichts ver-

---

[34]) So Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Strafrechts S. 163; Traeger S. 55.

[35]) So schon Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts (1828) 10. Aufl. § 24; Spangenberg, Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, im Neuen Archiv des Criminalrechts Bd. 4 S. 527 ff.; Martin, Lehrbuch des Kriminalrechts (1820) § 33; Schwarze, Komm. Exkurs VII S. 49 ff.

pflichtet[36]). Die Abwendungspflicht darf auch nicht auf eine im Gesetz festgelegte, allgemeine Beistands- und Nothilfepflicht gestützt werden, denn in den wenigen Fällen, wo überhaupt eine solche vorkommt, bringt das Strafgesetz durch Androhung einer verhältnismäßig geringen Strafe[37]) zum Ausdruck, daß die Unterlassung der Erfolgsverhinderung nicht so streng beurteilt werden soll wie die Herbeiführung durch positive Handlung. Der Unterlasser wird nicht verantwortlich für den eingetretenen Erfolg, sondern ausschließlich für die Verletzung der Nothilfepflicht. Der Gesetzgeber hatte eben bei Aufstellung der speziellen Strafdrohung für das Unterlassen der Hilfeleistung nur solche Fälle im Auge, wo jemand ohne irgendwelches eigenes Zutun zufällig in die Lage versetzt wird, den Erfolg verhindern zu können. Die Nothilfepflicht hat hier den Charakter einer Zufallspflicht.

Ganz anders ist die Sachlage bei nachträglichem Eintritt des Erfolgswillens, wo der Unterlasser durch eigenes, früheres Handeln die gefährliche Lage hervorgerufen hat.

Zu den Theoretikern, welche dem zu Beginn dieses Abschnitts erwähnten Grundgedanken folgen, müssen wir auch eine Reihe von Schriftstellern rechnen, welche ausdrücklich an dem Erfordernis der „Kausalität" der Unterlassung festhalten. Eine derartige Feststellung mag vielleicht zunächst widerspruchsvoll erscheinen, doch liegen hier nur vermeintliche Gegensätze vor. Die Autoren denken nämlich gar nicht an eine Kausalität nach rein mechanischer Auffassung, wenn sie das Schlagwort von der „Kausalität der Unterlassung" im Munde führen. Sie sprechen nicht von Kausalität im Sinn eines physischen Zusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg, sondern sie konstruieren eine besondere „juristische" Kausalität, die mit dem naturalistischen Verursachungsbegriff nicht das geringste zu tun hat. „Kausal" ist nach Auffassung jener Schriftsteller eine Unterlassung dann, wenn sie in gleicher Weise eine Verantwortlichkeit begründet, wie die Herbeiführung des Erfolges durch positive Handlungen. Die Charakterisierung einer Unterlassung als „kausal" besagt keineswegs, daß die Unterlassung in realer Weise ursächlich wird, sondern sie deutet

---

[36]) Köhler berichtet, daß in früheren Jahrhunderten zuweilen eine solche allgemeine Hinderungspflicht und Rettungspflicht angenommen wurde. Er zitiert Geib II S. 191, wo Beispiele gebracht werden, wie jemand wegen Verursachung des Erfolgs bestraft wurde, weil er ihn nicht abwendete, obwohl er es konnte.

[37]) Z. B. § 360 Ziff. 10: Geldstrafe bis zu 150 M. oder Haft bis zu sechs Wochen; § 139: Gefängnis bis zu fünf Jahren.

nur darauf hin, daß die Nichtverhinderung des Erfolges der positiven Verursachung gleichzustellen ist.

v. Bar verteidigt die Annahme einer juristischen Kausalität mit den Worten: „Rein naturalistisch oder mechanisch ist eine Unterlassung ... nicht kausal. Die Annahme der Kausalität der reinen Unterlassung beruht vielmehr auf einer durch unsere moralischen und rechtlichen Anschauungen, nicht minder aber durch die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gebotenen (idealen) Erweiterung des Kausalzusammenhangs — man könnte sie fingiert nennen, wenn nicht der Begriff der Fiktion den des Künstlichseins in sich schlösse, während hier gerade die gleichsam natürliche Betrachtungsweise des praktischen Lebens ihr Recht fordert[38]).

Köhler schreibt in seinem Lehrbuch (S. 207): „Für die Frage, wann eine unter den strafrechtlichen Handlungsbegriff zu subsumierende Unterlassung vorliegt, kommt es indessen nicht darauf an, inwieweit naturwissenschaftlich hier in einem äußerlichen Nichttun doch eine positive Kausalität zu entdecken ist, sondern darauf, wann das Recht entsprechend dem von ihm angenommenen Sprachgebrauch ein Nichttun unter seinen Handlungsbegriff subsumiert, d. h. annimmt, daß dieses Nichttun als die Ursache eines bestimmten Erfolges anzusehen ist.“[39])

1. Die Rechtspflichtwidrigkeit als Voraussetzung der „juristischen Kausalität“.

Die Art der Beweisführung ist bei den Vertretern einer „rechtlichen“ Kausalität nicht einheitlich; da es sich aber im wesentlichen nur um zwei verschiedene Methoden handelt, so wird es zweckmäßig sein, die Schriftsteller, welche die gleiche Methode anwenden, jeweils in eine Gruppe zusammenzufassen.

Für die eine Gruppe bedeutet die Feststellung der „Kausalität“ der Unterlassung zugleich schon die Bejahung der Strafbar-

[38]) v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 2 S. 268, 260. Ähnlich Kohler, Leitfaden d. dtsch. Strafrechts S. 28: „Es gibt aber auch Fälle, in welchen die Rechtsordnung eine Unterlassung als kausal behandelt, d. h. dem Unterlassenden diejenigen Folgen zuschreibt, die durch ein richtiges Handeln vermieden worden wären, so daß es so angesehen wird, wie wenn der Unterlassende diese Folgen herbeigeführt hätte.“

[39]) Vgl. Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 163: Immer noch wird die Kausalität naturalistisch aufgefaßt, „obwohl es sich bei der Kausalität gar nicht um Vorgänge, mechanische Kräfteentfaltung, Entwicklungsreihen, sondern um nichts anderes als eine logische, erkenntnistheoretische Verbindung von zwei Gegebenheiten, nicht um um physisches Sein oder Werden, sondern um nichts anderes als eine Form unseres Denkens und Erkennens handelt“.

keit des Nichthinderns. In der Rechtspflichtwidrigkeit der Unterlassung glauben diese Autoren das Merkmal gefunden zu haben, welches dem Nichthindern des Erfolges „kausalen Charakter im Sinn des Gesetzes" verleiht.

So heißt es bei Kohler[40]), daß derjenige verpflichtet ist, schädliche Folgen seines Handelns abzuwenden, welcher eine bestimmte Kraft entlade, deren Entladung nur dann für die Menschheit ungefährlich ist, wenn die Kraft einer ständigen Regulierung unterworfen wird. Unterläßt es der Handelnde, die entladene Kraft unschädlich zu machen[41]), so ist seine Unterlassung als kausal anzusehen. Ferner ist der Täter eines Delikts verpflichtet, Veranstaltungen zu treffen, um eine Weiterentwicklung der Verletzung zu verhüten[42]). Kohler sagt aber nicht, wodurch die behauptete Hinderungspflicht zu einer Rechtspflicht wird.

v. Rohland[43]) führt aus: „Die Unterlassung ist also kausal, wenn der Unterlasser die Möglichkeit und die Pflicht zum Eingreifen in die Außenwelt zur Verhinderung des rechtswidrigen oder zur Herbeiführung eines rechtmäßigen Erfolges besaß." Die Frage, wann eine solche Rechtspflicht gegeben ist, bleibt in der bisher erschienenen ersten Abteilung der Abhandlung von Rohland unbeantwortet. Die Ansicht des Verfassers hierüber läßt sich indessen aus seiner im Druck erschienenen Festrede erkennen. Dort sagt er, daß eine Rechtspflicht zur Abwendung schädlicher Folgen gegeben ist, wenn jemand eine Tätigkeit vornimmt, welche die Gefahr einer Verletzung von strafrechtlich geschützten Rechtsgütern in sich trägt. Eine einwandfreie Antwort auf die weitere Frage, woher der Rechtssatz stammt, der das positive Handeln gebiete, läßt sich freilich auch aus der Festrede nicht gewinnen, weil der Verfasser hier gerade umgekehrt argumentiert als in der späteren Abhandlung. Während v. Rohland in der Festrede die Rechtspflicht ableitet aus der juristischen Kausalität der Unterlassung[44]), folgert er in der späteren Abhandlung aus der vor-

---

[40]) Studien aus dem Strafrecht S. 59, 60, 61.

[41]) Als Beispiele führt Kohler auf: Wer eine Grube gräbt und sie unbedeckt läßt; wer ein Feldstück sprengt und die Vorbeigehenden nicht warnt; wenn der Apotheker ein Gift in das Fach stellt, ohne die nötigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen.

[42]) S. 60, 61: „Wer durch unvorsichtigen Schuß jemand getroffen hat, muß wenigstens so viel tun, daß er Hilfe herbeiholt oder Anzeige erstattet, auf daß der Verwundete nicht hilflos daliege."

[43]) Die strafbare Unterlassung S. 121 ff. (1. Abteilung).

[44]) Die Annahme einer juristischen Kausalität der Unterlassung rechtfertigt er in der Festrede mit dem Hinweis auf den durch die Unterlassung

handenen Rechtspflicht auf den Kausalitätswert der Nichtabwendung des Erfolges. Eine Verknüpfung der Gedankengänge der beiden Abhandlungen würde daher zu einem richtigen circulus vitiosus führen.

Unbefriedigend ist auch die Begründung, welche v. Bar gibt[45]), da er es in seiner Theorie an der nötigen Klarheit und Bestimmtheit fehlen läßt. v. Bar formuliert seine Auffassung folgendermaßen: „Der Betrachtung erscheint die Untätigkeit, weil sie der als selbstverständlich vorausgesetzten Tätigkeit widerspricht, als positive Aufhebung eines Hindernisses des eintretenden Erfolges, mit anderen Worten als kausal", oder an anderer Stelle: „Die Kausalität ist anzunehmen ... wenn die Vornahme der Tätigkeit so selbstverständlich erscheint, daß alle Beteiligten sie erwarten". Diese Wendungen sind so unklar und verschwommen, daß sie uns der Lösung des Problems der Kommissivdelikte durch Unterlassung um keinen Schritt näher bringen. Wir erfahren daraus lediglich, daß eine Unterlassung dann wie positive Verursachung bestraft werden kann, wenn sie der als selbstverständlich vorausgesetzten Tätigkeit widerspricht, d. h. eben, wenn sie rechtspflichtwidrig ist.

Eine Rechtspflicht zur Abwendung schädlicher Folgen des eigenen Tuns hält v. Bar nur dann für gegeben, wenn mindestens ein fahrlässiges Tun vorausgegangen ist, dagegen ist nach seiner Meinung niemand verpflichtet, „bei einem vorausgegangenen, völlig fehlerlosen und eine komplementäre Tätigkeit nicht erfordernden Verhalten noch tätig zu werden"[46]). Auch hier haben wir es wieder mit einer so vieldeutigen Ausdrucksweise zu tun, daß es nicht möglich ist, zu einer begrifflich festen Abgrenzung zu kommen.

Nicht viel besser sind die Theorien von Allfeld, Höpfner und Oppenhoff.

---

hervorgerufenen Rechtsschaden, der sich als „Erfolg" im Rechtssinne darstelle. Ebenso Haupt, ZStrW. 2/533. Gegen diese Auffassung v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 163; v. Bar, Gesetz u. Schuld II/244.

[45]) Gesetz u. Schuld Bd. II. Die frühere, in der Lehre vom Kausalzusammenhang vorgetragene Ansicht v. Bars braucht hier nicht mehr erörtert zu werden. Eine treffende Kritik derselben findet sich bei Aldosser, Preisschrift, und v. Rohland, Strafbare Unterlassung.

[46]) S. 267 a. a. O. Vgl. S. 352 daselbst: „Auf eine völlig korrekte, daher einen Kausalzusammenhang für einen schädlichen Erfolg durch Unterlassung im juristischen Sinn nicht zulassende Tätigkeit kann selbstverständlich ein späterer dolus nicht Anwendung finden."

Allfeld[47]) betont, daß die Unterlassung zwar nicht kausal sei im strengen Sinn einer causa efficiens, wohl aber stelle sie eine (freilich negative) Bedingung des Erfolges dar, was zur Annahme einer Kausalität im Sinn des Gesetzes genüge. „Die Unterlassung einer bestimmten Person ist als Ursache eines Erfolges anzusehen, wenn die Vornahme der unterbliebenen Tätigkeit den Erfolg abgewendet hätte und wenn nach der Sachlage diese abwendende Tätigkeit gerade von dieser Person zu erwarten war, weil für sie eine Rechtspflicht zur Vornahme dieser Tätigkeit bestand." Die Rechtspflicht beruht nach Ansicht des Verfassers auf vorangegangenem Tun, das einen gefährlichen Zustand geschaffen hat, der ein abermaliges (ergänzendes oder komplementäres) Handeln zwecks Abwendung des drohenden Erfolgs verlangt[48]).

Höpfners Lehre[49]) unterscheidet sich nur geringfügig von der soeben erwähnten Theorie. Höpfner geht davon aus, daß ein Kommissivdelikt nur insoweit durch Unterlassung begangen werden kann, als das Nichthindern im Sinn des Gesetzes kausal ist. „Kausal" im Sinn des Gesetzes ist aber eine Unterlassung, welche der positiven Handlung „gleichwertig" ist. Für die Gleichwertigkeit bildet die Rechtspflichtwidrigkeit der Unterlassung die Voraussetzung. Eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung erkennt Höpfner nur an bei vorausgegangener schuldhafter Handlung und bei schuldloser Handlung in den von Merkel (Lehrbuch S. 111 ff.) gezogenen Grenzen[50]). Schließlich macht er noch gegenüber der herrschenden Lehre die Einschränkung, daß eine Unterlassung nur dann dem positiven Tun als gleichwertig angesehen werden kann, „wenn das mißachtete Gebot zu handeln ebenso bedeutsam ist wie das Verbot, jenen Erfolg durch Tätigkeit herbeizuführen"[51]). Es würde zu weit führen, wenn ich auf die Terminologie und die Einschränkungen Höpfners hier im einzelnen eingehen wollte; ich verweise auf die ausführliche Kritik v. Hippels[52]).

[47]) Lehrbuch d. dtsch. Strafrechts S. 115, 116.

[48]) Vgl. Köhler, Lehrbuch S. 215: „Vom Standpunkt des Rechtswillens ist ein Nichttun nicht bloß Bedingung, sondern Ursache eines Erfolgs, wenn das Recht ein den Erfolg verhinderndes Tun erwartet hatte. Wenn das Recht ein Tun erwartet, so bedeutet dies, daß das Tun Rechtspflicht gewesen war." S. 216: „Das Nichttun wird kausal, wenn es folgt auf ein vorangegangenes Verhalten der gleichen Person, durch welches fremde, ihrem Verfügungsrecht nicht unterworfene Kräfte ausgeschaltet wurden, die den Erfolg möglicherweise verhindert hätten."

[49]) ZStrW. 36/104 ff.

[50]) Nur wenn es sich um eine erfahrungsgemäß gefährliche Tätigkeit handelte, d. h. wenn der Erfolg voraussehbar war.

[51]) S. 116 a. a. O.

[52]) ZStrW. 36/501 ff.

Oppenhoff bemerkt in seinem Kommentar[53]), der Begriff der „Handlung" in § 1 RStGB. umfasse auch die Unterlassung einer durch eine Rechtspflicht gebotenen Handlung. Dazu rechnet Oppenhoff auch solche Unterlassungen, durch die ein rechtsverletzender, den objektiven Tatbestand einer Straftat darstellender Erfolg herbeigeführt wurde, falls das Nichtabwenden des Erfolges die Verletzung einer durch irgendeinen Willensakt freiwillig übernommenen Verpflichtung zum Handeln in sich schließt.

Alle Theorien dieser Gruppe enthalten den logischen Fehler, die Frage der juristischen Kausalität der Unterlassung von deren Rechtswidrigkeit abhängig zu machen, obwohl doch Kausalität und Rechtswidrigkeit zwei grundverschiedene Dinge sind, die miteinander nichts zu tun haben. Bei der Kausalität (gleichviel ob in naturalistischer oder juristischer Betrachtung) handelt es sich um die äußere Verknüpfung von Geschehnissen — um ein reines Tatsachenurteil —, während die Rechtswidrigkeit eine rechtliche Wertrelation darstellt. Gegen eine Verquickung dieser beiden Begriffe wenden sich namentlich Beling[54]), Frank[55]) und v. Hippel[56]). Da aber die Rechtswidrigkeit (genauer Rechtspflichtwidrigkeit) der Unterlassung bei subsequenter Imputation von den betreffenden Autoren anscheinend auf einen Gewohnheitsrechtssatz zurückgeführt wird, so laufen die Theorien dieser ersten Gruppe letzten Endes auf die Anerkennung eines strafbarkeitsbegründenden Gewohnheitsrechts hinaus. Im Hinblick auf § 2 StGB. und Art. 116 RV. (nulla poena sine lege poenale) ist das natürlich ein ganz unhaltbarer Standpunkt.

2. Das Nichthindern des Erfolgs als strafrechtlich erhebliches Verhalten.

Jenen Fehler hinsichtlich der Feststellung der rechtlichen Kausalität vermeiden die Schriftsteller, die wir in einer zweiten Gruppe zusammenfassen können. Sie sagen ganz richtig, daß eine Unterlassung dann unter die Strafdrohung einer Kommissivbestimmung fällt, wenn

1. der Begriff des strafrechtlich erheblichen Verhaltens, welches in den gesetzlichen Tatbeständen durch irgendein bestimmtes Zeitwort (töten, einsperren, sich zueignen usw.) näher

---

[53]) Zu § 1 StGB. Anm. 8.
[54]) Grundzüge S. 33.
[55]) Kommentar zu § 1, IV.
[56]) ZStrW. 36/509.

gekennzeichnet ist, nicht nur die Herbeiführung des Erfolges durch positives Tun, sondern auch das Nichthindern des Erfolges umfaßt, und

2. wenn das Nichthindern außerdem auch noch rechtswidrig ist.

Alle Vertreter dieser Auffassung stimmen darin überein, man könne eine Unterlassung als ein strafrechtlich erhebliches Verhalten nur ansehen unter der Voraussetzung, daß die Tätigkeit des Inkulpaten den Erfolg wirklich verhindert hätte; mit anderen Worten: wenn es dem Unterlasser tatsächlich möglich war, den Erfolg abzuwenden. Wenn jemand einen Verwundeten verbluten läßt, obwohl er leicht selbst helfen oder Hilfe herbeiholen könnte —, wenn jemand es zuläßt, daß die Hunde oder Katzen des Nachbars vergiftete Fleischstücke fressen (welche als Lockspeise für die Ratten bestimmt sind), obwohl er die Tiere leicht verscheuchen könnte — so hat jene Person durch das Unterlassen der Erfolgsabwendung ein Verhalten angenommen, das im § 211 bzw. § 303 StGB. für strafbar erklärt ist. Selbstverständlich tritt die Strafbarkeit im konkreten Falle erst ein, wenn auch die übrigen gesetzlichen Strafdrohungsbedingungen, wie Rechtswidrigkeit und Verschulden gegeben sind.

Ob nun für den Fall, daß eine Unterlassung die spezielle, typische Eigenart eines Verhaltens im Sinn des § 211 oder des § 303 usw. aufweist, ein Schriftsteller sagt: ein solches untätiges Verhalten ist „kausal" (so Frank, v. Hippel, Liszt-Schmidt), „relevant" (Kollmann), oder es sei eine „Handlung im Sinn des Gesetzes" (Gerland) — das muß als bloße Terminologie dem Einsichtigen gleichgültig sein. Am besten ist es, sich von dem sinnlosen Wortstreit möglichst fern zu halten, der auch hier wieder einmal um die äußere Form eines Gedankens entbrannt ist.

Der Gedanke, der sich hinter den mannigfachen Bezeichnungen verbirgt, ist vollkommen richtig, denn der Gesetzgeber hat sich bei Abfassung des Reichsstrafgesetzbuchs hinsichtlich der Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte dem preußischen Strafgesetzbuch angeschlossen, welches seit dem Entwurf von 1843 keine besondere Bestimmung mehr über die Strafbarkeit der Unterlassungen enthält[57]). Man hat also bewußt auf die ausdrückliche Erwähnung der Unterlassung im RStGB. verzichtet;

[57]) im Gegensatz zu anderen deutschen Partikulargesetzen des 19. Jahrhunderts, welche gewöhnlich die Unterlassung ausdrücklich im allgemeinen Teil für strafbar erklärten. Vgl. Clemens, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum RStGB. S. 17 ff.

dies geht klar hervor aus den Motiven zum 3. Entwurf des RStGB. S. 31, wo es heißt, daß das Wort „Handlung" im § 1 „in seiner allgemeinen Bedeutung" zu verstehen sei, „welche auch die Unterlassung mit umfaßt".

Etwas schwieriger als die Frage der strafrechtlichen Erheblichkeit des Nichthinderns des Erfolges ist die Frage der Rechtswidrigkeit zu beantworten. Während ein positives Tun, das dem tatbestandsmäßigen Verhalten entspricht, ohne weiteres als rechtswidrig zu gelten hat, wenn nicht durch besondere Umstände (Notwehr, Notstand) ausnahmsweise die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, ist es bei der Begehung durch Unterlassung gerade umgekehrt. Damit ein tatbestandsmäßiges Nichtabwenden des Erfolges als rechtswidrig beurteilt werden kann, genügt es nicht nur, daß alle jene Gründe fehlen, welche die Rechtswidrigkeit ausnahmsweise ausschließen, sondern es muß im konkreten Fall überdies eine besondere Rechtsnorm gegeben sein, durch die ein erfolgverhinderndes Handeln geboten wird. Dieses Erfordernis einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln ist von allen Theoretikern anerkannt worden, welche den Versuchen, eine natürliche Kausalität der Unterlassung zu konstruieren, ablehnend gegenüberstehen. Sie können sich hierbei auf die historische Entwicklung des Problems und seine Behandlung in der früheren deutschen Partikulargesetzgebung berufen [58]).

Wie notwendig es ist, die Rechtswidrigkeit der Unterlassung von einer besonderen Rechtspflicht abhängig zu machen, ergibt sich schon aus folgender Überlegung:

Es ist nicht mehr als recht und billig, wenn der Gesetzgeber das Verbot ausspricht, durch positive Handlungen fremde Rechtsgüter zu verletzen. Es wird dadurch lediglich die Handlungsfreiheit des einzelnen so weit eingeschränkt, als es im Interesse der Aufrechterhaltung einer sozialen Gesellschaftsordnung unbedingt erforderlich ist. Ein allgemeines Gebot, daß man stets zugunsten fremder, gefährdeter Rechtsgüter tätig werden müßte, wäre dagegen ein ungeheuerlicher Eingriff in die persönliche Handlungsfreiheit, denn weitergehend als beim Begehungsverbot (wo ledig-

---

[58]) v. Hippel, zitiert auf S. 505 Anm. 20 u. 21: Preußen: Mot. 1829 (entsprechend Feuerbach), Baden: Mot. 1836 (Erfordernis „wahrer Zwangspflicht"), Braunschweig: Mot. 1840, Württemberg: 1839 Art. 236. — Kommentare: für Preußen: Goltd. Mot. II/367 (bei der Tötung); Bayern: Stenglein, Komm. 1861 I, 378/80; Dollmann, Komm. 1868; Hessen: Breidenbach 1842 I/219 ff. — Näheres bei Clemens a. a. O.

lich ein Unterlassen gefordert ist) würden hier unter Umständen von dem zufällig Anwesenden besondere Aufwendungen verlangt für Rechtsgüter, mit denen ihn nicht die geringste Beziehung verbindet. Eine derartige Rechtspflicht würde sich nicht mehr durch Gemeinschaftsinteressen rechtfertigen lassen, sie würde vielmehr in erheblichem Maß in das Gebiet der Moral und Ethik hinübergreifen.

Der Gesetzgeber muß sich daher darauf beschränken, in einigen ganz besonders wichtigen Fällen eine solche Rechtspflicht zur Verhinderung des Schadens aufzustellen. Da aber die Verhältnisse und Umstände, bei deren Vorliegen das Gebot einen bestimmten Erfolg abzuwenden angebracht erscheint, unmöglich insgesamt im Strafgesetz aufgezählt werden können, so hat eben aus gesetzestechnischen Gründen im Strafrecht das „Kommissivdelikt durch Unterlassung" Eingang gefunden; d. h. mit anderen Worten: der Gesetzgeber hat zwar die Unterlassung bei vorhandener Abwendungsmöglichkeit stillschweigend im RStGB. als strafrechtlich erhebliches Verhalten erklärt, die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung jedoch anderen Rechtsquellen überlassen. Bis hierher gehen alle Schriftsteller einig, die ich in der zweiten methodischen Gruppe zusammengefaßt habe. Der Streit beginnt erst wieder bei Beantwortung der Frage, auf welcher Rechtsquelle wohl im Fall des nachträglichen Eintritts des Erfolgswillens die Verpflichtung zur Erfolgsabwendung beruht.

a) Ableitung der Rechtspflicht aus Gewohnheitsrecht.

Am meisten verbreitet ist die Ansicht, daß die Rechtspflicht gewohnheitsrechtlich entstanden ist. Die Herleitung der Rechtspflicht aus Gewohnheitsrecht verstößt nicht gegen § 2 RStGB. und Art. 116 RV.[59]), weil ja die Strafbarkeit an sich bereits durch das Strafgesetz festgelegt ist, welches auch das Nichthindern als strafrechtlich erhebliches Verhalten ansieht.

Die Verpflichtung zur Abwehr der „durch eigene, rechtswidrige, wenn auch schuldlose Tätigkeit heraufbeschworenen Gefahren" betrachtet Loening[60]) „als Bestandteil der allgemeinen Reparationsverbindlichkeit".

Gerland[61]) führt aus: „Eine Rechtspflicht zu handeln entsteht auch für den, der einen anderen unberechtigterweise, aber

[59]) Siehe Beling, Grundzüge S. 8 II; Gerland, Lehrbuch S. 129 Anm. 3; Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 179.

[60]) Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht S. 20 § 24 Nr. 1.

[61]) a. a. O. S. 129.

schuldlos in eine Gefahr gebracht hat, zur Befreiung des Gefährdeten aus dieser Gefahr (z. B. Freiheitsberaubung RGE. 24/339). Dieser Satz findet sich allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen; er muß aber als Satz des Gewohnheitsrechts anerkannt werden."

Bei Finger[62]) heißt es: „Geringe Anhaltspunkte ergibt das StGB. dafür, daß es das Prinzip anerkennt, daß jedermann, wenn er durch sein Tun wider oder ohne seinen Willen eine zu einem rechtsverletzenden Erfolg hinwirkende Bedingung gesetzt hat, verpflichtet sei, sie in ihrer Fortwirkung zu verhindern (§ 263 StGB.)."

Beling[63]) spricht sich für ein Gewohnheitsrecht aus, indem er annimmt, daß der Inkulpat dadurch willentlich die künftige Abwendung von Gefahren in seine Hand genommen hat, „daß er durch eine, wenn auch unverbotene oder schuldlose Handlung die Gefahr heraufbeschworen hatte, z. B. Einbringung wilder Tiere (vgl. RGE. 24/339)".

Gleicher Meinung ist auch v. Hippel[64]).

Als allgemein anerkanntes Gewohnheitsrecht bezeichnet Traeger[65]) den Satz: „Hat jemand durch schuldlose Handlung einen gefahrdrohenden Zustand herbeigeführt, so ist er verpflichtet, die notwendigen Vorkehrungen zur Abwehr schädlicher Folgen zu treffen." Weiterhin ist nach der Behauptung Traegers aber auch für denjenigen eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben, „in dessen Herrschaftsbereich ein gefahrdrohender Zustand entsteht, den nur er zu beseitigen vermag, mag dieser Zustand durch Zufall oder selbst durch die Schuld eines anderen entstanden sein"[66]). Als Beispiele werden folgende Fälle genannt: Der X klettert in diebischer Absicht über die Gartenmauer des A und bleibt hierbei verunglückend mit gebrochenem Fuß hilflos auf dem Besitztum des A liegen; die Katze des Nachbars X schleicht sich in den Keller des A und findet nicht mehr heraus.

Das Reichsgericht bekennt sich in „ständiger" Rechtsprechung gleichfalls zu der Auffassung, daß die Rechtspflicht auf Gewohn-

[62]) a. a. O. S. 292.
[63]) a. a. O. S. 34.
[64]) a. a. O. S. 515.
[65]) a. a. O. S. 104.
[66]) a. a. O. S. 109. Zu demselben Ergebnis kommt Köhler (GerS. 96/169 ff.), freilich mit anderer Begründung. Anderer Meinung Rotering (GerS. 34/219): „Es genügt nicht ... wenn dem Verletzten bloß die Möglichkeit gegeben wurde, sich selbst zu schaden (occasionem mortis praestare: siehe Böhlau, GoltdArch. 13/473). Hiernach entscheidet sich der Fall anders, ob die Gefahr dem Verletzten an einem öffentlichen, leicht zugänglichen Ort bereitet wird oder ob der Verletzte in abgeschlossene Fabrikräume gerät."

heitsrechtssatz beruhe. In Entscheidung 18/98 heißt es: „Gerade dadurch, daß die ihm (dem Unterlasser) als strafbar bekannt gewordene Wirksamkeit seiner Handlung vom Täter selbst verursacht ist, entsteht für ihn die Pflicht, die rechtsverletzende Wirksamkeit seiner eigenen, wenn auch ursprünglich straflosen Handlung, soweit ihm dies innerhalb der angeführten Grenzen (d. h. ohne ganz außerordentliche, mit der Schwere der Rechtsverletzung außer Verhältnis stehende Leistungen) persönlich noch möglich ist, zu beseitigen." In E. 46/342 findet sich die Wendung: „Hat der Täter die Möglichkeit, diesen (von ihm selbst verursachten) Erfolg zu verhindern, so erwächst ihm aus der Vornahme seiner die Ursachenreihe auslösenden Handlung auch die Rechtspflicht hierzu." Ganz im ähnlichen Sinn lauten die Entscheidungen 20/131, 24/339, 58/132, 60/77.

Frank[67]) und Liszt-Schmidt[68]) bestreiten entschieden die Existenz eines derart allgemeingültigen Gewohnheitsrechtssatzes, wie er von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller und von der Rechtsprechung angenommen wird.

Frank erkennt eine gewohnheitsrechtliche Hinderungspflicht nur an bei bewußter Gefährdung fremder Interessen durch die eigene, positive Handlung. Bei unbewußter Herbeiführung einer Gefahr verneint er die Verpflichtung zur Abwendung des Erfolges, weil sie hier zu einem Widerspruch mit anderen Rechtsgrundsätzen führen würde. Er sagt: „Z. B. darf dem, der fahrlässig einen Brand verursacht hat, eine Pflicht zum Löschen dann nicht auferlegt werden, wenn er sich dadurch als Täter der fahrlässigen Brandstiftung bloßstellen würde."[69]) Daß es Frank nicht gelungen ist, sich in das Problem der subsequenten Imputation völlig hineinzudenken, zeigt namentlich seine Befürchtung, man würde durch einen derart allgemeinen Gewohnheitsrechtssatz schließlich zur Annahme des Begriffs des dolus subsequens genötigt werden. Er hat also keineswegs erkannt, daß nicht der geringste Anlaß vorliegt, den nachträglich eingetretenen Erfolgswillen auf den Zeitpunkt der positiven Tätigkeit zurückzubeziehen, falls man im vorausge-

---

[67]) a. a. O. § 1 IV.

[68]) a. a. O. S. 180 Anm. 17.

[69]) Wie v. Hippel (a. a. O. S. 515) richtig hervorhebt, ist dieses Beispiel gänzlich ungeeignet, weil das Brandstiftungsdelikt hier bereits rechtlich vollendet ist, so daß der Täter natürlich den bereits eingetretenen Erfolg nicht mehr durch Unterlassung fördern kann. Die etwaige Löschtätigkeit des Brandstifters stellt sich hier nicht als Verhinderung des Erfolges, sondern als tätige Reue dar.

gangenen positiven Tun lediglich den Rechtsgrund für die Entstehung der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung erblickt. Immerhin bringen uns die Ausführungen von Frank deutlich zum Bewußtsein, wie unsicher und zweifelhaft die Abgrenzung des behaupteten Gewohnheitsrechtssatzes ist. Wenn auch das Fehlen scharfer, klarer Grenzen und die rechtliche Unsicherheit, welche das Gewohnheitsrecht meist mit sich bringt, keine durchschlagenden Gründe gegen die Verwendung von Gewohnheitsrecht bedeuten [70]), so ist es doch nicht jedermanns Sache, sich in strafrechtlicher Beziehung auf einem derart schwankenden Boden zu bewegen, zumal der Nachweis eines Gewohnheitsrechts an sich schon sehr fraglich und schwierig erscheint.

b) Ableitung der Rechtspflicht aus materiellem Gesetzesrecht.

Einige Schriftsteller haben sich aus den oben erwähnten Gründen bemüht, die Rechtspflicht zum Handeln aus irgendwelchen Bestimmungen materieller Gesetze abzuleiten.

Alberti [71]) will die Rechtspflicht aus § 826 BGB. entnehmen. Er ist also der Meinung, daß das Nichtabwenden eines drohenden Schadens, zu dem man vorher (wenn auch schuldlos) durch eigene Handlung fördernde Bedingungen gesetzt hat, stets ein sittenwidriges Verhalten darstellt. Daß die Schadenszufügung im Fall des § 826 BGB. auch durch Unterlassung erfolgen kann, wird allgemein zugegeben. Dagegen ist es eine viel erörterte Streitfrage, ob eine an sich nicht rechtswidrige Schadenszufügung dadurch rechtswidrig wird, daß sie gegen die guten Sitten verstößt. Die Frage ist zu bejahen [72]), denn ein sittenwidriges Verhalten ist ein grober Mißbrauch der persönlichen Handlungsfreiheit, und es ist schwerlich zu glauben, daß das Recht etwas derartiges gestattet. Wenn auch der Umstand, daß eine bestimmte Handlung ersatzpflichtig macht, nicht immer darauf schließen läßt, daß die Tätigkeit nun auch verboten ist, (wie z. B. Nothilferecht § 904 BGB.), so muß man doch annehmen, daß § 826 BGB. hinsichtlich der sittenwid-

---

[70]) Irrig M. E. Mayer a. a. O. S. 192 Note 11, der sich gegen die Anwendung von Gewohnheitsrecht ausspricht, weil es zu unsicher sei.

[71]) Rechtswidrige Unterlassungen S. 27: „Was das Strafrecht betrifft, so dürfte, wofern nicht jetzt der § 826 BGB. eine Handhabe bietet oder eine sonstige Gesetzesstelle im Einzelfall, der vom RGE. 24/339 eingenommene Standpunkt unhaltbar sein."

[72]) Gleicher Meinung: Enneccerus S. 658 Anm. 11; RGRäte-Komm. zu § 826 Note 1; Staudinger zu § 826 Note 3 a. Anders: Oertmann, DJZ. 1903 S. 325 ff.; Planck zu § 826 Note II, 3 b.

rigen Schadenszufügung ein stillschweigendes, gesetzliches Verbot enthält. Alberti scheint gleichfalls auf diesem Standpunkt zu stehen, wonach die sittenwidrige Schadenszufügung durch Unterlassung ohne weiteres rechtswidrig ist, weil sie stillschweigend durch § 826 BGB. verboten ist; ein solches Verbot der Untätigkeit ist zugleich als Gebot zur Vornahme einer den Schaden verhindernden Handlung aufzufassen.

Diese Argumentation ist zweifellos sehr bestechend. Unrichtig ist es jedenfalls, wenn Traeger[73]) einwendet, die Begründung Albertis sei nur zutreffend, falls ein Vermögensschaden eingetreten ist. Die herrschende Meinung hält vielmehr mit Recht das Vorliegen einer Vermögensbeschädigung zur Anwendbarkeit des § 826 BGB. nicht für erforderlich[74]). Wohl aber muß es als ein erheblicher Mangel angesehen werden, daß die Ableitung der Rechtspflicht aus § 826 BGB. nur das vorsätzliche Unterlassungsdelikt erklärt. Die Theorie von Alberti hat deshalb lediglich die Bedeutung einer unvollkommenen Teillösung des Problems der Kommissivdelikte durch Unterlassung.

Landsberg[75]) behauptet, daß die Rechtspflicht zum Handeln überhaupt nicht auf irgendeinen „allgemeinen" Rechtssatz gestützt werden könne, da sich im geltenden Recht nirgends eine Norm nachweisen lasse, die etwa lauten würde: „Du sollst schlimmen Folgen, welche aus deiner Tätigkeit zu entspringen drohen, vorbeugen!" Für die Beantwortung der Frage, wann eine Unterlassung verboten und ein Handeln geboten sei, müßten allein die Polizeiverordnungen maßgebend sein. Auf Grund längerer Ausführungen kommt Landsberg zu dem Ergebnis: „Die Unterlassung einer durch Polizeiverordnungen gebotenen Tätigkeit ist ... zweifellos rechtswidrig und somit Basis der Möglichkeit des Kommissivdelikts durch Unterlassung." In den Polizeiverordnungen seien im wesentlichen überall gleichartige, genaue Vorschriften enthalten, welche angeben, wie sich jemand zu verhalten hat, der eine gefährliche Tätigkeit vornimmt. Durch die Bestimmungen dieser Verordnungen über Gefahrenverhütung seien so zahlreiche Tätigkeitsgebote aufgestellt worden, daß dadurch alle wichtigeren Fälle des Nichthinderns eines schädlichen Erfolgs erfaßt würden. Eine Verantwortlichkeit des Unterlassers für den Erfolg in den durch die Polizeiverordnungen geregelten Fällen

---

[73]) a. a. O. S. 99, 117.

[74]) So Staudinger zu § 826 Note 3a; Planck Note II, 1; RG.-Räte-Komm. Note 4; Enneccerus S. 656 II, 1.

[75]) Die Kommissivdelikte durch Unterlassung S. 266.

genüge vollauf für die Bedürfnisse des praktischen Lebens und es sei daher nicht nötig, noch weitere Unterlassungen als rechtswidrig zu erklären.

Die Theorie Landsbergs, welche die an einen Gewohnheitsrechtssatz anknüpfende Lehre von der subsequenten Imputation verbessern sollte, erfüllt diesen Zweck nicht und bringt eher noch eine Verschlechterung jener herrschenden Lehre. Denn wenn schon bei Annahme eines Gewohnheitsrechtssatzes die Rechtslage nicht ganz klar erscheint, so wird sie erst vollends verworren und unsicher, wenn man die Verantwortlichkeit des Unterlassers von den Polizeiverordnungen abhängig macht. Es ist eben keineswegs so, wie Landsberg meint, daß die polizeilichen Vorschriften überall im Reich eine weitgehende Einheitlichkeit und Gleichartigkeit aufweisen, sondern sie sind den jeweiligen, lokalen Bedürfnissen entsprechend hinsichtlich Objekt und Umfang der Regelung außerordentlich verschieden. Die Strafbarkeit des Unterlassers würde demnach davon abhängen, ob am Tatort von der zuständigen Polizeibehörde zufällig eine auf den konkreten Fall passende Verordnung erlassen worden ist oder nicht.

Ferner trifft es auch nicht zu, daß die Verletzung eines polizeilichen Tätigkeitsgebotes in Voraussicht des Erfolges stets für den nichtverhinderten Schaden verantwortlich macht. Eine Haftung des Unterlassers für den Erfolg tritt nämlich dann nicht ein, wenn es sich nicht um eine besondere Rechtspflicht zum positiven Tun, sondern nur um eine allgemeine Nothilfe- und Beistandspflicht [76]) handelt. Infolgedessen müßte auch bei den Polizeiverordnungen (geradeso wie bei den Tätigkeitsgeboten des StGB.) diese Frage jeweils genau geprüft werden. Die Theorie von Landsberg ist also in verschiedener Beziehung unbefriedigend.

3. Die Auffassung von Köhler.

Ganz anders als die bisher genannten Schriftsteller geht Köhler [77]) vor. Er greift zurück auf die Gedankengänge Glasers und Bindings, welche das vorausgegangene positive Tun und die nachfolgende Unterlassung als ein im Rechtssinn einheitliches Verhalten betrachten. Glaser und Binding ziehen aber aus dieser richtigen Erkenntnis falsche Folgerungen, indem sie glauben, auf Grund jener rechtlichen Einheit des Gesamtverhaltens die Gleich-

---

[76]) Vgl. S. 32 der vorliegenden Abhandlung.
[77]) Gerichtssaal Bd. 96 S. 169/70.

zeitigkeit von kausalem Verhalten und Verschulden nachweisen zu können [78]). Da Köhler fest auf dem Boden jener wissenschaftlichen Anschauung steht, welche bei der Lösung des Problems der unechten Unterlassungsdelikte auf die Rechtspflichtwidrigkeit der Unterlassung abstellt, so konnte er natürlich nicht in den Fehler von Glaser und Binding verfallen, sondern er hat in scharfsinniger Weise erkannt, daß die rechtliche Einheit des Gesamtverhaltens des Inkulpaten die Möglichkeit eröffnet, die Rechtswidrigkeit der Unterlassung unmittelbar aus dem Strafgesetz selbst abzuleiten, ohne daß es erst noch eines besonderen Rechtssatzes bedürfte, der die Abwendung des Erfolges gebietet.

Köhler sagt: „Das Recht versteht bei seinen Verboten: du sollst nicht der Freiheit berauben, nicht betrügen, nicht körperlich verletzen usw. als verbotenes Handeln nicht nur den positiven Tätigkeitsakt, sondern auch das ihm nachfolgende, passive Verhalten, soweit der Täter noch imstande ist, das vorausgegangene Tun seiner schadenbringenden Wirksamkeit zu entkleiden."

Dieser Satz ist voll und ganz zu billigen, denn die Gründe, welche dazu geführt haben, die Rechtswidrigkeit der Unterlassungen von einer besonderen Rechtspflicht abhängig zu machen, treffen bei subsequenter Imputation nicht zu. Es liegt keine übermäßige Einschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit und kein Übergriff des Gesetzgebers in das Gebiet der Ethik vor, wenn man die in den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs enthaltenen Verbote so auslegt, daß sie zugleich auch jeweils das Verbot in sich schließen: du sollst nicht untätig bleiben, wenn du durch eigene Tätigkeit eine Gefahr für ein Menschenleben (bzw. für eine fremde Sache oder für fremdes Vermögen usw.) hervorgerufen hast! Köhler macht an einer Reihe von Beispielen klar, daß die Annahme einer solchen erweiterten Bedeutung der gesetzlichen Verbote dem Sinn des geltenden Rechts vollkommen entspricht.

Seine Beweisführung ist folgende: am deutlichsten kommt es bei den Dauerdelikten zum Ausdruck, daß die „Handlung" im Rechtssinn sich über das positive Tun hinaus erstreckt. Der Tatbestand dieser Delikte wird erfüllt durch Herstellung eines bestimmten Zustandes; das tatsbestandsmäßige Handeln dauert je-

---

[78]) Unrichtig auch Thyrén S. 10: „Wer sein Manuskript korrigiert, ist positiv handelnd auch hinsichtlich der Teile, die er unverändert stehen läßt. Die erst auf diesem Stadium eintretende Einsicht etwa der beleidigenden Natur des Geschriebenen begründet also ein gewöhnliches vorsätzliches Verbrechen, ohne Zuhilfenahme der Konstruktion der subsequenten Imputation oder der negativen pflichtwidrigen Handlung."

doch (z. B. bei dem verbotenen Feilhalten oder bei dem Hausfriedensbruch) so lange fort, als der rechtswidrige Zustand aufrecht erhalten wird. Auch bei den anderen Delikten ist der Inkulpat bis zum Abschluß des Verletzungserfolges als „handelnd" anzusehen, gleichviel ob der Täter die ganze Zeit aktiv tätig ist oder ob er sich zuletzt passiv verhält [79]). Die Fortdauer der rechtswidrigen Handlung ergibt sich hier daraus, daß die durch die vorausgegangene, positive Handlung bedrohte Person sich bis zum völligen Abschluß des tatbestandsmäßigen Erfolges in einer Notwehrlage befindet. Sogar dritte Personen können daher im Wege der sogen. Nothilfe zugunsten des Gefährdeten gegen den Unterlasser vogehen und ihn zur Abwendung des Schadens zwingen [80]).

Da aber Notwehr nur gegenüber einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff zulässig ist, so muß sich das schuldhafte, passive Verhalten des Unterlassers, welches dem positiven Tun nachfolgt, als eine rechtswidrige, gegenwärtige „Angriffshandlung" darstellen. Eine solche Betrachtungsweise entspricht auch tatsächlich durchaus der herrschenden Auffassung. So ist es z. B. unbestritten, daß der Dieb, welcher auf frischer Tat ertappt wird und mit den gestohlenen Gegenständen entflieht, durch das Davontragen dieser Gegenstände, d. h. durch ihr Nichtherausgeben, einen rechtswidrigen Angriff auf das Eigentum des Bestohlenen verübt. Ganz analog müssen wir deshalb in dem unbekümmerten Weiterfahren des Automobilisten einen rechtswidrigen Angriff auf die Gesundheit oder das Leben des schuldlos Überfahrenen, im Nichtbefreien des schuldlos Eingesperrten einen Angriff auf dessen Bewegungsfreiheit und im Nichtaufklären des getäuschten Vertragsgegners einen rechtswidrigen Angriff auf dessen Vermögen erblicken.

Köhler äußert sich ferner über jene Fälle, welche Traeger [81]) als selbständige Tatbestände neben die Fälle der subsequenten

---

[79]) Gerade so wie ein Unterlassungsdelikt durch positives Tun begangen oder fortgesetzt werden kann (Beispiele hierfür bei v. Overbeck, GerS. 88/330), so ist es auch möglich, ein Begehungsdelikt durch Unterlassung fortzusetzen. Vgl. Oerstedt, Grundregeln S. 311: „Es ist nicht selten, daß ein rechtswidriger Erfolg durch zusammengesetzte positive und omissive Handlungen, die ein untrennbares Ganzes bilden, hervorgebracht wird. Ähnlich RGE. 20/193: „Zuwiderhandeln gegen ein Verbot kann ebenso in einem positiven Tun, wie in konkreten Unterlassungen, wie in einer aus beiden Elementen zusammengesetzten Art des Handelns bestehen."

[80]) Köhler sagt hierzu: „Wenn z. B. in dem oben erwähnten Beispiel mit den Giftflaschen das Kind bedroht ist, so kann jeder beliebige Dritte den Eigentümer nötigenfalls zwingen, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um einen persönlichen Schaden des Kindes zu verhüten."

[81]) a. a. O. S. 108, 109.

Imputation stellt. Es sind das die Fälle, wo nach Ansicht Traegers kein vorangegangenes, positives Tun gegeben ist, sondern wo der Inkulpat deshalb zur Abwendung der Gefahr verpflichtet ist, weil der gefahrdrohende Zustand für den Verletzten in einem ausschließlich vom Unterlasser beherrschten räumlichen Bereich eingetreten ist. Köhler weist dagegen mit Recht darauf hin, daß es sich hier keineswegs um Sonderfälle, sondern ebenso wie in den anderen Beispielen um gewöhnliche subsequente Imputation handelt. Freilich ist es hier wieder nötig, mit dem Begriff der rechtlichen Einheit des Gesamtverhaltens des Unterlassers zu operieren; Traeger erkennt diesen Begriff nicht an und sieht sich infolgedessen gezwungen, für die zuletzt genannten Fälle eine besondere Begründung zu suchen.

In Wahrheit hat auch derjenige, in dessen Garten der von der Mauer gestürzte Dieb hilflos mit gebrochenem Bein liegen bleibt, oder derjenige, in dessen Keller sich die Katze des Nachbars gefangen hat, durch vorausgegangenes Tun fördernde Bedingungen für den schädlichen Enderfolg gesetzt (allerdings hier in erlaubter Weise). Wer die Herrschaft über einen umschlossenen Garten oder über ein Haus übernimmt, der muß damit rechnen, daß fremde Personen von der Straße weggehen (wo ihnen jeder Nächstbeste Hilfe leisten könnte), daß sie auf sein Besitztum gelangen und dieses aus irgendwelchen Gründen nicht mehr ohne Hilfe verlassen können. Ebenso können Sachen, die im Eigentum fremder Personen stehen, in die Kellerluke des Hauses hinabfallen oder sonstwie hineingeraten.

Köhler gibt für den ersteren Fall die Lösung an Hand eines ähnlichen Beispiels: „Wenn jemand die Herrschaft über ein Haus antritt, so muß er demnach dafür sorgen, daß ein Bettler nicht deswegen zu Tode kommt, weil er sich aus den Räumen des Besitzers nicht entfernen kann. Die Unterlassung jeder Maßnahme zur Verbringung des Bettlers in irgendeine Obhut wäre ein Angriff auf dessen Gesundheit durch passives Verhalten." Der Hausbesitzer, der die Katze des Nachbars in seinem Keller umkommen läßt, verübt einen Angriff auf das Eigentum des Nachbars und wird wegen Sachbeschädigung verantwortlich. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Unterlasser bei vorausgegangener Übernahme eines Grundstücks anders behandelt werden soll als in den übrigen Fällen, wo er durch sein erlaubtes oder schuldloses Tun den Eintritt eines schädlichen Erfolges möglich gemacht hat.

Als Ergebnis seiner Erörterungen stellt Köhler den Satz auf: „Ein verbotenes Verhalten (und mithin auch ein Verschulden

hieran) ist so lange möglich, als man die durch ein positives Tun oder durch ein Nichttun angestoßenen Bedingungen, welche einen rechtswidrigen Erfolg befördern, ihrer gefährdenden Kraft berauben kann."

An dem Beispiel von dem Arbeiter, der im Hausgang eines fremden Hausbesitzers auftragsgemäß eine gefährliche Grube gegraben hat, zeigt Köhler schließlich noch, daß man auf Grund obiger Fassung nicht zu einer unvernünftigen Ausdehnung der Verantwortlichkeit kommt. Wenn nämlich der Arbeiter die Grube ordnungsmäßiig überdeckt oder gekennzeichnet hat und es fällt trotzdem am nächsten Tag ein unvorsichtiger Passant hinein, so ist nach Ansicht Köhlers der Taglöhner nicht verpflichtet, für den Verunglückten zu sorgen, weil er bei Beendigung seiner Arbeitszeit die Obsorge für die Grube stillschweigend auf den Hausbesitzer übertragen hat. Dieser kann jetzt allein verantwortlich gemacht werden [82]).

Die Theorie von Köhler gibt somit eine außerordentlich klare und einleuchtende Begründung für die Verantwortlichkeit des Unterlassers auf Grund subsequenter Imputation. Man darf die Auffassung Köhlers wohl als die ansprechendste Lösung des Problems bezeichnen, weil sie einerseits über die aus der Annahme eines Gewohnheitsrechtssatzes sich ergebenden Beweisschwierigkeiten hinweghilft und andererseits auch die mannigfachen Mängel vermeidet, welche den Begründungen der anderen Schriftsteller anhaften.

---

[82]) Traeger kommt zwar auf S. 106 a. a. O. zu dem gleichen Ergebnis, aber mit einer völlig ungenügenden Begründung. Er hält den Arbeiter deshalb nicht für verantwortlich, weil er „nicht nur schuldlos gehandelt, sondern auch einen dem Recht entsprechenden Zustand herbeigeführt hat". Wer berechtigt ist, fördernde Bedingungen zu einem schädlichen Erfolg zu setzen, hat aber damit noch lange nicht die Befugnis, diese Bedingungen völlig ungehindert weiterwirken zu lassen. Wenn der Spaziergänger A den Straßenräuber X in Notwehr niedergeschlagen hat, so hat er zwar „einen dem Recht entsprechenden Zustand" herbeigeführt, er ist jedoch nicht berechtigt, den hilflos daliegenden X verbluten oder erfrieren zu lassen. Ganz richtig bemerkt Köhler, daß der A in diesem Fall die Pflicht habe, wenigstens die Polizei zu benachrichtigen, damit diese die erforderlichen Maßnahmen zur Rettung des X treffen könne. Der Umstand, daß die vorausgegangene positive Handlug rechtmäßig war, ist also noch kein Beweis für das Fehlen einer Verpflichtung zur Erfolgsabwendung.

B. Strafbarkeit bei Zusammenwirken mehrerer Personen.

§ 4.

Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft.

Bei den Kommissivdelikten durch Unterlassung hängt die Strafbarkeit des Inkulpaten in erster Linie davon ab, ob seine Untätigkeit ein strafrechtlich erhebliches Verhalten darstellt. Das trifft dann zu, wenn es dem Unterlasser in physischer Hinsicht möglich ist, den schädlichen Erfolg abzuwenden. Hat man es mit mehreren zur Abwendung des Erfolges verpflichteten Unterlassern zu tun, von denen jeder selbständig für sich den Schaden verhindern kann, so ist jeder einzelne Beteiligte als „Nebentäter" (Frank sagt „Mehrtäter"), d. h. als selbständiger Alleintäter zu betrachten. Verhindert einer der Beteiligten den Erfolg, so haben sich die übrigen untätig gebliebenen Personen eines versuchten „Kommissivdelikts durch Unterlassung" schuldig gemacht.

Denken wir uns aber die Sachlage derart, daß mehrere Unterlasser vorhanden sind, welche den Erfolg (z. B. Tötung eines Menschen) nach den konkreten Umständen nur durch ein gemeinsames, positives Zusammenwirken abwenden können, so ist zu unterscheiden:

Sind alle Beteiligten mit Ausnahme des Beteiligten A zur Abwendung entschlossen und bereit, so ist das Nichtabwenden seitens der ersteren nicht strafrechtlich erheblich, weil es ihnen ohne Mitwirkung des A ja gar nicht möglich war, den Erfolg zu verhindern. Der A ist dagegen als Täter eines Mordes verantwortlich; sein Verhalten ist strafrechtlich erheblich, weil es ihm möglich war, mit Hilfe der abwehrbereiten, anderen Beteiligten den Erfolg abzuwenden. Wenn sich außer dem A auch noch der B weigert, an der Abwendung des Erfolges mitzuwirken, während der C hierzu bereit ist, so ist C straflos, A und B sind dagegen strafbar wegen eines Verbrechens des Mordes verübt in Mittäterschaft (§ 47 StGB.), da es dem A oder B für sich allein nicht möglich gewesen wäre, mit dem C zusammen den Erfolg abzuwenden[1]).

Genau dasselbe gilt auch, wenn sämtliche Beteiligte in gegenseitigem Einverständnis die Erfolgsabwendung unterlassen. In diesem Fall ist es nötig, den Begriff der Mittäterschaft anzuwenden,

[1]) Vgl. Olshausen zu § 47 Anm. 19.

da man bei gesonderter Betrachtung des Verhaltens der einzelnen Beteiligten zu dem ganz unsinnigen Resultat kommen würde, sämtliche Unterlasser für straflos zu erklären, da keiner von ihnen für sich allein den Erfolg abwenden könnte und daher kein strafrechtlich erhebliches Verhalten an den Tag gelegt hätte. Ferner ist die Annahme einer Mittäterschaft dann erforderlich, wenn bei mehreren Beteiligten mehr als eine Person die Mitwirkung zur Verhinderung des Erfolges verweigert.

Die Möglichkeit der Annahme einer Mittäterschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Verhalten der mehreren Unterlasser mit Rücksicht auf ihre anders geartete Willensgestaltung unter verschiedene Strafbestimmungen fällt[2]). Beispiel: A und B lassen in gegenseitigem Einverständnis den von ihnen in Notwehr verletzten Straßenräuber X hilflos an einer einsamen Stelle liegen; A sieht den Tod des X durch Verbluten voraus, B erwartet nur eine Gesundheitsschädigung des Verletzten. Wenn nun X stirbt, so haben die beiden den rechtswidrigen Erfolg in Mittäterschaft herbeigeführt, obwohl A wegen eines Verbrechens des Mordes nach § 211 StGB., B dagegen nur wegen eines Verbrechens der Körperverletzung mit Todesfolge nach den §§ 223, 226 StGB. verantwortlich ist.

Auf jeden Fall ist unbedingte Voraussetzung für das Vorliegen von Mittäterschaft, daß die betreffenden Unterlasser das Bewußtsein und den Willen hatten, durch ihre gemeinsame Untätigkeit einen durch das vorausgegangene, positive Tun beförderten Erfolg herbeizuführen. Eine sogen. „einseitige" Mittäterschaft gibt es nicht[3]).

Die Figur der mittelbaren Täterschaft spielt bei den Kommissivdelikten durch Unterlassung gar keine Rolle; bei den reinen Kommissivdelikten braucht man sie, um für gewisse Fälle überhaupt eine Strafbarkeit begründen zu können. Die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft dient dazu, bei Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges denjenigen haftbar zu machen, der nicht in eigener Person tätig wird, sondern den Erfolg durch einen Dritten herbeiführen läßt, welcher jedoch seinerseits aus irgendeinem

---

[2]) So RGE. 28/98, 42/6, 54/153; RGRspr. 5/287, 7/453.

[3]) Gleicher Meinung: Olshausen, Frank, Lobe, Köhler, Lehrbuch; RGE. 5/306, 23/196, 44/32. Anderer Ansicht: Beling, Lehre vom Verbrechen S. 470; Kohler S. 105. (Wenn B das von A begonnene Verbrechen ohne Wissen des A zu Ende führt, so ist nach Beling der A Alleintäter des versuchten Verbrechens; B ist als Mittäter des A des vollendeten Verbrechens schuldig.)

Grunde nicht in eigener Verantwortung handelt. Ebenso findet die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft dann Anwendung, wenn der unmittelbar Handelnde zwar bewußt in eigener Verantwortung, aber ohne den nach der subjektiven Teilnahme-Theorie erforderlichen animus auctoris tätig geworden ist (doloses Werkzeug). Bei Kommissivdelikten durch Unterlassung nimmt dagegen derjenige, welcher die als Werkzeug dienende, ahnungslose Person in gefährlicher Weise schuldlos oder fahrlässig in Bewegung gesetzt hat, selbst in eigener Person vorsätzlich und rechtswidrig ein tatbestandsmäßiges Verhalten an, sobald er das Bewußtsein der drohenden Gefahr erlangt hat. Er kann daher als gewöhnlicher Täter eines Kommissivdelikts durch Unterlassung bestraft werden.

Z. B.: Der Krämer A gibt der ahnungslosen Köchin B vorsätzlich und mit Überlegung eine giftige Substanz statt Mehl. Der Dienstherr X stirbt nach dem Genuß der vergifteten Speisen. Der A ist strafbar als mittelbarer Täter des Mordes. Geschah aber die Aushändigung des Giftes infolge einer schuldlosen oder fahrlässigen Verwechslung und unterläßt es der Krämer nach erlangter Einsicht vorsätzlich und mit Überlegung, die Köchin oder den Dienstherrn X zu warnen, so wird er verantwortlich als unmittelbarer Täter eines Kommissivdelikts durch Unterlassung (Mord), weil er schuldhaft den gefährlichen Zustand nicht beseitigt hat, welchen er durch sein vorangegangenes, positives Tun geschaffen hat und durch den der Eintritt des Erfolges befördert wurde.

II. Abschnitt.

Das Problem der subsequenten Imputation bei mehraktigen Delikten.

A. Strafbarkeit bei Alleintäterschaft.

§ 5.

Überblick.

Bei mehraktigen Delikten knüpft sich die Frage der subsequenten Imputation an einen Sachverhalt, der gegenüber den bisher behandelten Fällen wesentlich verändert erscheint. Bei den einaktigen Delikten bleibt der Inkulpat vorsätzlich untätig, nachdem er die Bedeutung seiner früheren, positiven Handlung erkannt hat; bei den zusammengesetzten Deliktstatbeständen setzt er dagegen sein positives Handeln schuldhaft fort, sobald er die Einsicht bezüglich seines früheren Tuns erlangt hat.

Das mehraktige Delikt besteht aus zwei verschieden gearteten Tatbestandsakten, und zwar stellt in der Regel jeder einzelne Tatbestandsakt schon für sich allein ein eigenes Delikt dar, so daß man in solchen Fällen von „Teildelikten" sprechen kann. War bereits das erste Teildelikt im Hinblick auf die spätere Vornahme des zweiten Teildelikts vollzogen worden, so ist das Gesamtdelikt gegeben und es kommt eine zusammenfassende Strafdrohung in Anwendung. Der Täter A, welcher den Kassenboten X vorsätzlich in diebischer Absicht überwältigt und ihm dann die Geldtasche wegnimmt, wird nicht wegen Freiheitsberaubung und wegen Diebstahls bestraft, sondern er wird verantwortlich unter dem schwereren, zusammenfassenden Gesichtspunkt des Raubes.

Nach welcher Gesetzesbestimmung ist nun aber der Handelnde zu bestrafen, falls er den gesetzlichen Tatbestand des ersten Deliktsaktes schuldlos verwirklicht hat und erst auf Grund nachträglich erlangter Einsicht die geschaffene Lage ausnützt, indem er vorsätzlich den zweiten Deliktsakt vollzieht?

Zum Beispiel: Bei der Besichtigung eines Warenlagers sperrt der Käufer A durch Zuschlagen einer Türe schuldlos den Verkäufer X in einen Nebenraum ein. In Anbetracht dieser günstigen Situation beschließt A, rasch einige Gegenstände zu entwenden. Liegt hier Raub oder einfacher Diebstahl vor?

Der Spaziergänger A findet in der Nähe eines Waldweges eine von einem Räuber beraubte und gefesselte weibliche Person. Er nimmt an dem wehrlosen Weib unzüchtige Handlungen vor. Handelt es sich hier um ein Verbrechen nach § 176 Ziff. 1 oder nur um Beleidigung und evtl. um Körperverletzung?

Wie ist ferner das Handeln des A zu beurteilen, wenn er das erste Teildelikt zwar vorsätzlich aber zunächst ohne eine auf das Gesamtdelikt gerichtete Willensgestaltung verwirklicht hat und wenn diese Willensrichtung sich erst einstellte nach Abschluß des ersten Teildelikts?

Zum Beispiel: Der Landstreicher A drückt ein Fenster eines Hauses ein und steigt durch die Öffnung in das Gebäude, um Schutz zu suchen vor einem Unwetter. Bevor er sich später wieder entfernt, entwendet er einige in dem Raum befindliche Gegenstände.

Der A verübt Gewalt gegen eine Frauensperson mit der Absicht, sie auszuplündern. Nachdem er sie wehrlos gemacht hat, ändert er in einer plötzlichen Anwandlung seinen ursprünglichen Plan und mißbraucht sie zum außerehelichen Beischlaf.

Wird der Inkulpat in den beiden Fällen ebenfalls als Täter des Gesamtdelikts verantwortlich oder fallen ihm jeweils nur die vorsätzlich begangenen Teildelikte zur Last? Nimmt man das letztere an, so würde im ersten Beispiel statt Einbruchdiebstahls eine Sachbeschädigung in Realkonkurrenz mit einfachem Diebstahl (und evtl. Hausfriedensbruch) vorliegen; im zweiten Beispiel würde statt eines Notzuchtverbrechens lediglich Freiheitsberaubung oder Nötigung in Realkonkurrenz mit Körperverletzung oder Beleidigung gegeben sein.

Um die Imputationspunkte für die einzelnen Deliktsakte bestimmen zu können, muß man die Frage beantworten, ob jedes Teildelikt hinsichtlich der Verschuldungsfrage selbständig zu behandeln ist oder ob das Gesamtdelikt in dieser Beziehung als ein einheitliches Ganzes aufgefaßt werden muß.

Bei selbständiger Behandlung der Teildelikte trifft der Imputationspunkt für das Gesamtdelikt nach der Terminologie von Thyrén auf den Zeitpunkt der „partiellen Handlungskonsum-

mation“ [1]). Eine Einsicht, welche erst eintritt nach Abschluß des ersten Deliktsaktes (gleichviel ob dieser schuldlos oder ohne einen auf Verwirklichung des zweiten Aktes gerichteten Willen vollzogen wurde), bringt das Gesamtdelikt nicht mehr zustande. Wer nach Vollendung des ersten Deliktsaktes infolge eines neuen Willensentschlusses die Gelegenheit zur Vornahme des zweiten Teildelikts benützt, wird nicht bestraft wegen vorsätzlicher Begehung des Gesamtdelikts, sondern höchstens wegen vorsätzlicher Begehung des einen oder anderen Teildelikts bzw. wegen Begehung beider Teildelikte in Realkonkurrenz.

Zu einer solchen Auffassung kommt man, wenn man lediglich davon ausgeht, daß gestraft werden soll wegen der Verwirklichung des ersten Deliktsaktes durch die positive Handlung. Wenn man nämlich nur die positive Seite des Verhaltens des Täters in das Auge faßt, so bleibt nichts anderes übrig, als die subsequente Imputation bei mehraktigen Delikten nach Vollendung des ersten Teildelikts für unzulässig zu erklären, da der Begriff des dolus subsequens abzulehnen ist, wie an früherer Stelle dargelegt wurde.

Verwertet man jedoch das Ergebnis der Untersuchungen über die subsequente Imputation bei einaktigen Delikten auch für die Lösung des Problems bei zusammengesetzten Delikten, so erkennt man, daß das Verhalten, welches der Inkulpat nach dem Eintritt des auf das Gesamtdelikt gerichteten Willens an den Tag legt, nicht nur mit Bezug auf seine positive Seite, sondern auch in negativer Hinsicht gewürdigt werden muß. Das Verhalten des Täters, der nach erlangter Einsicht vorsätzlich das zweite Teildelikt vollzieht, stellt sich eben unter Umständen zugleich dar als ein Unterlassen der Aufhebung jener durch den ersten Deliktsakt gesetzten Bedingungen, welche die Vornahme des zweiten Aktes erleichtern und begünstigen. Der Imputationspunkt für das mehraktige Delikt fällt also hiernach nicht zusammen mit dem Zeitpunkt der „partiellen Handlungskonsummation“, sondern mit dem Moment der „Verbrechenskonsummation“ des Gesamtdelikts.

In den Fällen, wo bei den einaktigen Delikten das strafrechtlich erhebliche Verhalten nach Beendigung des positiven Tuns sich in Form einer Unterlassung [2]) fortsetzt, bezeichnen wir die Willensgestaltung, welche dieser Handlungsweise entspricht, als „dolus superveniens“. Faßt man den Vorsatz des Inkul-

[1]) a. a. O. S. 5 u. 7. Er meint damit den Fall, daß der gesetzliche Tatbestand mehrere heterogene, sukzessive Handlungen enthält; welche infolgedessen auch zeitlich nacheinander konsumiert werden können.

[2]) Gemeint ist hier die Nichtverhinderung des rechtswidrigen Erfolges.

paten, welcher sich anschickt, das zweite Teildelikt zu begehen, im Hinblick auf den ersten Deliktsakt als einen „dolus superveniens" auf, so hat man damit auch einen gemeinsamen Grundgedanken gefunden, welcher es ermöglicht, die Frage nach der Zulässigkeit der nachträglichen Zurechnung bei einfachen und zusammengesetzten Delikten im gleichen Sinn zu beantworten.

§ 6.

Der Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuchs bei zusammengesetzten Delikten.

Für die meisten mehraktigen Delikte hat der Gesetzgeber durch ausdrückliche Bestimmungen die Frage der subsequenten Imputation in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise geklärt. Eine Zusammenstellung der ausdrücklich geregelten Fälle zeigt, daß das Strafgesetzbuch dem Täter des zweiten Deliktsaktes, welcher den ersten Akt schuldlos oder ohne einen auf das Gesamtdelikt gerichteten Vorsatz vollzogen hat, grundsätzlich die Strafe aus dem Gesamtdelikt androht. Aus dieser Stellungnahme zum Problem der nachträglichen Zurechnung zusammengesetzter Deliktstatbestände geht deutlich hervor, daß sich der Gesetzgeber im wesentlichen von jenem Gedankengang leiten ließ, der uns in der vorliegenden Abhandlung beim einaktigen Delikt näher beschäftigt hat und der uns dort zum Begriff des „dolus superveniens" geführt hat.

So erklärt § 147 StGB. denjenigen, der Geld nachgemacht oder verfälscht hat in der Absicht, es in Verkehr zu bringen, für strafbar wegen Münzbetrugs, wenn der Fälscher das falsche Geld wirklich vorsätzlich ausgibt. Mit der gleichen Strafe bedroht § 147 auch denjenigen, welcher falsches Geld vorsätzlich in Verkehr bringt, das er ursprünglich ohne Verbreitungsabsicht hergestellt hat. Wer sich bewußt falsches Geld verschafft und es in Verkehr bringt, ist auf Grund des Strafrahmens der gleichen Vorschrift zu bestrafen. Wer dagegen falsches Geld schuldhaft weitergibt, dessen Unechtheit er erst erkannt hat, nachdem er es bereits irgendwie als echtes Geld empfangen hat, wird bedeutend milder bestraft (§ 148 StGB.).

Der Zeugenmeineid im Strafprozeß ist zweiaktig; er besteht aus dem Eid (Voreid, § 61 StPO.) und der falschen Aussage (bzw.

Gutachten bei Sachverständigen)[1]). Durch die Formulierung der Vorschrift des § 154 StGB. wird zum Ausdruck gebracht, daß beim Zeugenmeineid im Strafprozeß der Imputationspunkt nicht mit der partiellen Handlungskonsummation, sondern mit der Ver-Verbrechenskonsummation zusammentrifft. Es heißt nämlich in der genannten Bestimmung, daß man wegen Meineids verantwortlich wird, wenn man den vor der Vernehmung geleisteten Eid durch ein falsches Zeugnis (bzw. Gutachten) verletzt, so daß auch derjenige wegen vorsätzlichen Falscheides strafbar ist, der den Voreid ohne jeden Hintergedanken geleistet hat und sich erst nachträglich entschlossen hat, eine falsche Aussage zu machen.

Wer eine Frauensperson zum geschlechtlichen Verkehr mißbraucht, die er vorher zu diesem Zweck betäubt oder willenlos gemacht hat, ist schuldig eines Verbrechens der Notzucht und wird bestraft mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren (§ 177 zweite Satzhälfte). Hat der Täter die Bewußtlosigkeit oder Willenlosigkeit ohne geschlechtliche Absicht hervorgerufen oder nützt er den von einem Dritten geschaffenen Betäubungszustand aus, so liegt ein Verbrechen der Schändung nach § 176 Ziff. 2 StGB. vor, das mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bedroht ist. Da der Strafrahmen dieser Bestimmung nahe an jenen des § 177 StGB. heranreicht, so enthält § 176 Ziff. 2 StGB. eine Regelung bezüglich der Frage der subsequenten Imputation des Notzuchtdeliktes[2]).

Ferner ist der gesetzliche Tatbestand der Urkundenfälschung zweiaktig; er wird erfüllt durch Verfälschung oder fälschliche Herstellung bestimmter Urkunden und durch ein darauffolgendes Gebrauchmachen von diesen Urkunden. Nach § 267 StGB. muß bereits der erste Akt in der Absicht vollzogen worden sein, die Urkunde später im Rechtsverkehr zur Täuschung zu benützen. Tritt dieser Täuschungswille auf seiten des Inkulpaten erst ein nach völligem Abschluß der positiven Handlung des ersten Aktes, so findet gemäß § 270 StGB. auf den Täter trotzdem die gleiche Strafdrohung Anwendung, wie wenn er schon die Fälschung in rechtswidriger Absicht unternommen hätte. Auch ein Dritter, welcher die Fälschung für sich ausnützt, wird dem Fälscher gleichgestellt[3]).

---

[1]) Im Gegensatz dazu ist der Zeugenmeineid im Zivilprozeß einaktig; er besteht nur aus der Eidesleistung, durch welche ein falsches Zeugnis bekräftigt wird (Nacheid, § 392 ZPO.). Die falsche Aussage ist hier keine Tatbestandshandlung, sondern lediglich eine äußere, tatsächliche Voraussetzung der Strafbarkeit (RGE. 54/117).

[2]) So Köhler, GerS. 96/172.

[3]) Köhler weist darauf hin, daß die Regelung im österr. Strafrecht vorzuziehen sei, welches in dem erwähnten Fall unterscheidet, ob die dem

Für den Fall, daß ein anderer als der Fälscher selbst von einem falschen Gesundheitszeugnis Gebrauch macht, enthält § 279 StGB. eine dem § 270 StGB. entsprechende Vorschrift[4]).

Im Fall des Einschleichdiebstahls nach § 243 Ziff. 7 StGB. des schweren Raubes nach § 250 Ziff. 4 StGB. und im Fall der erschwerten Amtsunterschlagung nach § 351 StGB. ist die Frage der subsequenten Imputation freilich anders entschieden. Die Möglichkeit einer nachträglichen Zurechnung des Gesamtdeliktes wird durch die genannten Bestimmungen ausdrücklich ausgeschlossen.

Wer sich in ein bewohntes Gebäude zur Nachtzeit einschleicht oder wer sich dort bis zum Einbruch der Nachtzeit verborgen hält und nachher in diesem Gebäude einen Diebstahl verübt, wird nur dann wegen „schweren" Diebstahls (§ 243 Ziff. 7 StGB.) verantwortlich, wenn er bereits während des ersten Deliktsaktes (d. h. während des Einschleichens oder Verborgenseins) mit „diebischer Absicht" handelte. Hatte sich der Dieb aus irgendwelchen anderen Gründen eingeschlichen oder verborgen gehalten und erst nachträglich die Gelegenheit zum Stehlen benützt, so kommt nur einfacher Diebstahl in Betracht, da nach § 243 Ziff. 7 der Eintritt des Verschuldens vor der partiellen Handlungskonsummation erfolgen muß.

Dasselbe gilt bei schwerem Raub nach § 250 Ziff. 4 StGB., wo ebenfalls bereits beim Einschleichen, Verborgenhalten oder beim gewaltsamen Eindringen die Absicht vorhanden sein mußte, einen Raub oder Diebstahl zu begehen.

Bei der erschwerten Amtsunterschlagung nach § 351 StGB. muß schon das unrichtige Führen der Bücher usw. zu dem Zweck erfolgen, die spätere Unterschlagung zu erleichtern.

Nur ganz wenige mehraktige Delikte bleiben schließlich übrig, hinsichtlich deren die Frage der subsequenten Imputation im positiven Recht nicht ausdrücklich beantwortet ist. Es sind dies die Fälle der §§ 176 Ziff. 1, 177, 243 Ziff. 2 u. 3 und 249.

Gebrauchmachen vorausgegangene Fälschung vom Täter des zweiten Aktes oder von einem Dritten ohne Mitwirkung des Täters vorgenommen wurde. Wenn der Inkulpat an der Fälschung nicht beteiligt war, so sieht das Gesetz sein Gebrauchmachen von der falschen Urkunde als Betrug an.

[4]) Als Beispiel einer ähnlichen Vorschrift zitiert Köhler den § 4 des deutschen Lebensmittelgesetzes von 1927, wo subsequente Imputation zugelassen wird, wenn jemand in Täuschungsabsicht gefälschte Lebensmittel feilhält, die er nicht in dieser Absicht gefälscht hat.

§ 7.

Behandlung der nicht ausdrücklich geregelten Fälle.

Sämtliche Schriftsteller, die sich mit der Frage der nachträglichen Zurechnung mehraktiger Delikte befassen, äußern sich hierüber aber nur bei Raub und bei schwerem Diebstahl. Bei Notzucht und bei dem Sittlichkeitsdelikt nach § 176 Ziff. 1 wird die Frage der subsequenten Imputation nicht angeschnitten. Es ist das an sich auch gar nicht nötig, da die beiden zuletzt genannten Delikte in tatbestandlicher Hinsicht große Ähnlichkeit mit dem Raub aufweisen. Diese drei Delikte haben als erstes Teildelikt eine und dieselbe Handlung gemeinsam; sowohl bei dem Raub wie bei der Notzucht und der unzüchtigen Handlung nach § 176 Ziff. 1 wird der erste Tatbestandsakt verwirklicht durch „Anwendung von Gewalt" gegen eine Person oder durch „Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" einer Person. In Anbetracht dieser tatbestandlichen Übereinstimmung erscheint es als selbstverständlich, daß das Problem der subsequenten Imputation in jenen drei Fällen nur im gleichen Sinn entschieden werden kann. Das Notzuchtsdelikt und das Sittlichkeitsdelikt nach § 176 Ziff. 1 sind daher bezüglich der nachträglichen Zurechnung des Gesamtdelikts analog dem Raub zu behandeln.

Um eine Tatbestandshandlung ganz anderer Art handelt es sich dagegen bei dem schweren Diebstahl nach § 243 Ziff. 2 u. 3 StGB. Hier wird der erste Deliktsakt vollzogen durch Eindringen in ein Gebäude oder in einen umschlossenen Raum unter Überwindung der dem Eindringen entgegenstehenden, sachlichen Hindernisse. Letzteres kann geschehen mittels Einbruchs, Einsteigens oder mit Hilfe falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsgemäßen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge. Das Öffnen von Behältnissen innerhalb umschlossener Räume mittels Erbrechens oder unter Verwendung falscher Schlüssel steht dem Eindringen gleich.

Wie stellen sich nun die Vertreter der Wissenschaft zum Problem der subjektiven Zurechnung in den vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Fällen?

Die weitaus überwiegende Mehrzahl der Autoren nimmt den Standpunkt ein, daß der Imputationspunkt mit der partiellen Handlungskonsummation zusammentrifft, und daß die nachträgliche Zurechnung des Gesamtdelikts infolgedessen ausgeschlossen ist.

Loening[1]) geht davon aus, daß das Verschulden bei gewissen einaktigen Delikten außer der einfachen Vorstellung der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände auch noch die Vorstellung eines weiteren durch die äußere Deliktshandlung herbeizuführenden Erfolges erfordert, wobei der weitere Erfolg als Zweck der Handlung erscheinen muß. Loening nennt diese über den einfachen dolus hinausgehende, besondere Willensgestaltung: Zweckabsicht. Bei den dolosen, zusammengesetzten Delikten setzt die subjektive Zurechnung nach seiner Ansicht stets eine derartige Zweckabsicht als Vorbereitungsabsicht voraus. Er sagt: „Die erste der verbundenen Handlungen muß begangen sein in der Absicht und zu dem Zweck, die folgenden Akte möglich zu machen, sie vorzubereiten."

Die übrigen Schriftsteller stellen keinen allgemeinen Satz auf, sondern sie beschäftigen sich mit dem Problem nur gelegentlich der Darlegung der konkreten Deliktstatbestände.

1. Zunächst prüfen wir, welche Beurteilung der **Raub** (§ 249 StGB.) in der Literatur gefunden hat.

v. Buri[2]) führt aus, daß die Gewaltanwendung oder Drohung nach der Absicht des Täters als Mittel zum Zweck der Ausübung der Wegnahme gedacht und gewollt sein müsse. Es liege deshalb kein Raub vor, wenn der Inkulpat A, welcher den X ohne Wegnahmeabsicht durch Gewalt oder Drohungen widerstandsunfähig gemacht hat, erst nachträglich auf den Gedanken kommt, die vergewaltigte Person zu bestehlen.

Gleicher Meinung sind Schwarze[3]), Villnow[4]), Hälschner[5]), Wächter[6]) und Binding[7]).

Zu recht merkwürdigen Ergebnissen kommt Schwarze bei der Würdigung der vorsätzlich begangenen Teildelikte. Er nimmt Notzuchtsversuch und vollendeten einfachen Diebstahl an, wenn der A die Frauensperson X knebelte, um sie zu notzüchtigen, ihr dann aber lediglich ihre Uhr wegnahm. Hat der A die X anfangs in räuberischer Absicht vergewaltigt und mißbraucht er sie nachher geschlechtlich, so nimmt er Raubversuch und vollendetes Notzuchtsverbrechen an.

---

[1]) Grundriß § 35 S. 38.
[2]) Beilageheft zum GerS. 29/22: „Über Raub und Erpressung." Vgl. GoltdArch. Bd. X/99 (1862).
[3]) Kommentar zu § 249.
[4]) Raub und Erpressung S. 23.
[5]) Gemeines deutsches Strafrecht II/371.
[6]) Deutsches Strafrecht S. 431.
[7]) Lehrbuch S. 314.

Mit Rücksicht auf § 46 StGB. kann das unmöglich richtig sein, denn der Inkulpat, der die Ausführung eines begonnenen Verbrechens freiwillig aufgibt, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, erwirkt sich für seine Versuchshandlung Straflosigkeit. Strafbar bleibt sein Handeln freilich insoweit, als es bereits den gesetzlichen Tatbestand eines anderen Delikts vollständig erfüllt hat. Wegen des Raubversuchs oder Notzuchtversuchs ist also der Täter auf keinen Fall mehr verantwortlich, wohl aber ist er strafbar unter dem Gesichtspunkt der Freiheitsberaubung, der Nötigung oder evtl. Körperverletzung [8]). Geradezu unerklärlich ist es aber, warum Schwarze bei Raub subsequente Imputation ablehnt, während er sie bei Notzucht für zulässig hält, obwohl hier dem zweiten Teildelikt genau die gleiche Tatbestandshandlung vorausgegangen ist.

Von den neueren Schriftstellern und Kommentatoren betrachten Schwartz [9]), Frank [10]), Allfeld [11]), Olshausen [12]) und Lobe [13]) ebenfalls die einzelnen Tatbestandsakte als völlig selbständige Teildelikte, indem sie schon während der Vornahme des ersten Aktes eine auf die Wegnahme hinzielende Zweckabsicht auf seiten des Täters verlangen.

Eine entgegengesetzte Auffassung wird allein von Oppenhoff-Delius [14]) und von Köhler [15]) vertreten.

Nach Oppenhoff-Delius ist es nicht nötig, daß der Täter des Raubes die Gewalt oder die Drohung gerade zum Zweck der Wegnahme angewendet hat, sondern es genügt für die subjektive Zurechenbarkeit des Gesamtdelikts, wenn er den ersten Deliktsakt eigenhändig verwirklicht hat. Der Verfasser hat es allerdings unterlassen, eine Begründung für seine Ansicht zu geben.

Den Ausführungen Köhlers haftet dagegen ein solcher Mangel nicht an; Köhler hat vielmehr seine Auffassung in überzeugender Weise begründet. Er betont, daß man die Frage der nachträg-

---

[8]) Vgl. Binding, Lehrbuch S. 314: „Wenn der A den X prügeln will und ihn zu Boden schlägt und er dann bei dem betäubt gewordenen X eine Uhr erblickt und sich nun entschließt, sie ihm zu entwenden, so ist dies nicht Raub, sondern Körperverletzung und Diebstahl (Realkonkurrenz)."

[9]) Komm. zu § 249 Note 4 c.

[10]) Komm. zu § 249 S. 528.

[11]) Lehrbuch S. 455 V.

[12]) Komm. zu § 249 Anm. 9.

[13]) Leipziger Komm. zu § 249 Anm. 3.

[14]) Komm. zu § 249 in Zusammenhang mit § 243 Anm. 30.

[15]) GerS. 96/173.

lichen Zurechnung bei zusammengesetzten Delikten nur dann richtig beantworten kann, wenn man sich klar vergegenwärtigt, aus welchem Grunde das betreffende mehraktige Delikt eine qualifizierte Strafdrohung aufweist. Man muß danach unterscheiden, ob die strengere Strafe deshalb angedroht ist, weil der zweite Akt verwirklicht wird unter gewissen fortdauernden, äußeren Bedingungen, welche straferschwerende Bedeutung haben, oder ob die Straferhöhung eintritt, weil gerade die Vornahme des ersten Aktes, falls sie mit einer auf den zweiten Akt gerichteten „Zweckabsicht" erfolgt, einen besonders bösen und gefährlichen verbrecherischen Willen verrät.

Der Raub ist gegenüber dem Diebstahl qualifiziert, weil der Räuber den zweiten Deliktsakt (d. i. die Wegnahme der fremden Sache) unter straferschwerenden, äußeren Umständen vollzieht. Diese straferschwerenden Umstände sind darin zu finden, daß der Angegriffene oder Bedrohte während der Ausführung der Wegnahme durch Gewalt oder Drohungen am Widerstande verhindert ist.

Mit Bezug auf den zweiten Deliktsakt des Raubes bemerkt Köhler: „Hier dauert diese Nötigung zur Duldung der Wegnahme in continenti noch fort, mag das Opfer eingesperrt oder sonstwie die Betätigung des Willens, sich der Wegnahme zu widersetzen, gelähmt sein. Der Täter, der jetzt den Willen zur Wegnahme faßt, findet nicht eine beendigte Gewalthandlung vor, sondern wird durch unterlassene Aufhebung der Vergewaltigung weiter kausal für die erleichterte Möglichkeit der Wegnahme."

Es ist daher sicherlich richtiger, das Gesamtverhalten des Täters bei Raub als einheitliches Ganzes anzusehen und das Problem der subsequenten Imputation im Fall des § 249 StGB. nach dem Grundgedanken über den dolus superveniens zu lösen. Wer in Kenntnis der Sachlage vorsätzlich das zweite Teildelikt begeht, wird für das Gesamtdelikt verantwortlich, mag der erste Deliktsakt auch schuldlos oder ohne spezielle Zweckabsicht vollzogen worden sein. Wie bereits erwähnt, hat dasselbe für das Notzuchtsdelikt (§ 177 StGB.) und das Sittlichkeitsdelikt nach § 176 Ziff. 1 zu gelten, da es sich in diesen beiden Fällen um den gleichen Straferhöhungsgrund handelt wie bei Raub.

2. Bei dem **qualifizierten Diebstahl** nach **§ 243 Ziff. 2** und **3** besteht nach der herrschenden Meinung kein Anlaß zu einer anderen Stellungnahme als bei Raub. Subsequente Imputation des Gesamtdelikts sei sowohl hier wie dort unzulässig. Als Hauptargument dient der herrschenden Meinung der Hinweis auf den

Wortlaut des § 243 Ziff. 2 und 3, und zwar wird der Nachdruck gelegt auf die Wendungen: „Wenn ... gestohlen wird mittels Einbruchs, usw." oder „Wenn der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß falsche Schlüssel usw. angewendet werden."

Schwarze[16]) behauptet: „Die diebische Absicht muß bereits den Qualifikationsmomenten beiwohnen; es folgt dies aus den allgemeinen Regeln über den dolus, welcher alle Tatbestandsmomente umfassen muß."[17])

Ähnlich äußert sich Hälschner[18]): „Mittels Einbrechens, Einsteigens usw. ist der Diebstahl verübt, wofern das Brechen oder Steigen das vom Dieb gewählte Mittel war, um die gegen Entwendung geschützte Sache zu ergreifen. Ausgeschlossen ist also der Diebstahl, der bei Gelegenheit oder infolge eines zu anderem Zweck unternommenen Brechens oder Steigens verübt wurde."

Frank[19]) sieht im qualifizierten Diebstahl nach § 243 Ziff. 2 eine die Energie des verbrecherischen Entschlusses beweisende Art der Ausführung des Diebstahls, derart, daß er begangen wird mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen. Dies in dem Sinn, daß eine der bezeichneten Handlungen gerade zu dem Zweck des Diebstahls vorgenommen wurde."

Olshausen[20]) und Allfeld[21]) schließen sich dieser Auffassung an und auch Köhler[22]) pflichtet hinsichtlich des Einbruchdiebstahls mit vollem Recht der allgemeinen Meinung bei. Hierzu veranlaßt ihn die Überlegung, daß bei dem Einbruchsdiebstahl ganz zweifellos ein Fall vorliegt, wo die strengere Strafdrohung anknüpft an die besondere Intensität und Hartnäckigkeit des Diebstahlvorsatzes, welcher sich in der dolosen Begehung der ersten Aktes offenbart[23]). Wenn der Täter nämlich bereits den ersten Deliktsakt zum Zweck des Diebstahls vornimmt, so zeigt er damit, daß er sich auch durch äußere Hindernisse, welche die Diebstahlsgegenstände seinem unmittelbaren Zugriff entziehen, nicht von der Ausführung des verbrecherischen Planes abhalten läßt. Wer in ein Haus einbricht oder einsteigt, um darin zu nächtigen, und dann nachträglich einige herumliegende Gegenstände

[16]) a. a. O. zu § 243 letzte Anmerkung.
[17]) Vgl. Loening auf S. 60 der vorliegenden Abhandlung.
[18]) Gemeines deutsches Strafrecht II/321.
[19]) a. a. O. zu § 243 S. 505.
[20]) a. a. O. zu § 243 Anm. 25.
[21]) Lehrbuch S. 449.
[22]) GerS. 96/172.
[23]) Siehe Motive zum StGB. S. 74.

entwendet, der betätigt keinen so intensiven Verbrechensvorsatz wie ein von vorneherein zum Zweck des Diebstahls eindringender Täter.

Geschah das Eindringen mit Hilfe falscher Schlüssel, so hat meiner Ansicht nach dieselbe Beurteilung Platz zu greifen. Thyrén führt hierzu folgendes Beispiel an[24]): „A, der sich mehrmals mit Benützung eigenen Schlüssels den erlaubten Zutritt zum Zimmer eines Freundes verschafft hat, benutzt wie gewöhnlich den Schlüssel, um den Freund zu besuchen; wie er eintritt, findet er, daß das Zimmer jetzt von einer ihm unbekannten Person bewohnt ist; er entwendet aus dem Zimmer eine fremde Sache." Da wir als Imputationspunkt in den Fällen des § 243 StGB. den Zeitpunkt der partiellen Handlungskonsummation angenommen haben, so ist in dem eben erwähnten Beispiel nur einfacher Diebstahl gegeben.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts stimmt mit der herrschenden Meinung überein; die oben entwickelte Auffassung liegt der Entscheidung in GoltdArch. Bd. 63/120, sowie den Entscheidungen 3/440, 32/143 zugrunde. Eine besonders ausführliche Begründung enthält die Entscheidung in Rspr. 3/327. Der Sachverhalt ist folgender: Der Angeklagte ist über die Umfassungsmauer in den Hof des Ritterguts X eingestiegen, um ein Mädchen zu besuchen. Als er bemerkt, daß er nicht zu dem Mädchen gelangen kann, nimmt er, um nicht ganz vergeblich eingestiegen zu sein, aus der unverschlossenen Gesindestube einige Gegenstände mit.

In den Entscheidungsgründen heißt es unter anderem: „Das Einsteigen qualifiziert den Diebstahl zu einem schweren, weil der Dieb nach der Wahl dieser Begehungsart eine besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit an den Tag legt. Diese in den Motiven hervorgehobenen, subjektiven Momente weisen unmittelbar darauf hin, daß der Dieb die Begehung mittels Einsteigens gewollt haben muß. Ist das Einsteigen zu einem anderen berechtigten oder unberechtigten Zweck erfolgt, und der Eingestiegene benutzt eine Gelegenheit zum Diebstahl infolge eines neu auftauchenden Entschlusses, so liegen jene subjektiven Momente nicht vor, der Dieb beseitigt keine Hindernisse, um stehlen zu können; er stiehlt, nachdem das Hindernis ohne diebische Absicht beseitigt worden war."

Da man vielleicht denken könnte, die Nichterwähnung der diebischen Absicht in Ziff. 2 des § 243 StGB. im Gegensatz zu Ziff. 7 des § 243 sei als argumentum e contrario zu werten, so wird

[24]) a. a. O. S. 5.

in den Entscheidungsgründen auf diesen Einwand näher eingegangen. Unter Ablehnung einer derartigen Argumentation wird jedoch die Analogie zu Ziff. 7 als die richtige Lösung bezeichnet[25]).

Oppenhoff-Delius[26]), der auch für die Fälle des qualifizierten Diebstahls an seiner Meinung festhält, daß die subsequente Imputation des Gesamtdelikts zulässig sei, steht also mit seiner Auffassung völlig allein. Seine Ansicht hat sich zwar bei Raub als richtig erwiesen, für die Fälle des schweren Diebstahls nach § 243 Ziff. 2 u. 3 ist sie aber verfehlt.

B. Strafbarkeit bei Zusammenwirken mehrerer Personen.

§ 8.

Sukzessive Mittäterschaft.

Wenn mehrere Personen derart zusammenwirken, daß erst die Gesamtheit ihrer Einzelhandlungen die Tatbestandsverwirklichung darstellt, so ist gemäß § 47 StGB. jeder Mitwirkende für das Ganze verantwortlich, obwohl er selbst nur einen Teil dazu beigetragen hat. Der Grund dafür, daß der Mittäter für den Gesamterfolg haftbar gemacht wird, trotzdem er den Deliktstatbestand nur teilweise erfüllt hat, liegt in seiner Schuldgestaltung. Was an der Handlung des Mittäters fehlt, das wird ausgeglichen dadurch, daß er in seinen Vorsatz die Tätigkeit des anderen Mitwirkenden aufgenommen hat.

Birkmeyer[1]) sagt: „Die Schuld des Mittäters muß derart sein, daß es gerecht erscheint, ihn wegen des Ganzen zu strafen, obwohl er nur einen Teil verursacht hat." In subjektiver Hinsicht ist daher beim Mittäter erforderlich, das Bewußtsein des Zu-

---

[25]) Die betreffende Stelle der Begründung lautet: „Für die Bestimmung in Nr. 2 war die Zufügung des Merkmals in diebischer Absicht entbehrlich, weil das Einsteigen usw. durch das Wort mittels in unmittelbare Verbindung mit dem Stehlen gebracht ist und dieser Fassung gegenüber die Hervorhebung der diebischen Absicht zu einem Pleonasmus geführt haben würde."

[26]) a. a. O. zu § 243 Anm. 30.

[1]) Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen RG.

sammenwirkens mit den übrigen Tätern. Die Mittäter müssen in gegenseitigem Einverständnis, in „psychischer Vergemeinschaftung“ [2]) handeln. Auf die von der objektiven und subjektiven Teilnahmetheorie geforderten, sonstigen Begriffsmerkmale brauchen wir nicht näher einzugehen; uns interessiert vielmehr nur die Frage, in welchem Zeitpunkt das Einverständnis zwischen den Beteiligten eintreten muß, denn es soll im Rahmen der vorliegenden Abhandlung festgestellt werden, ob jemand bei mehraktigen Delikten auf Grund subsequenter Imputation als Mittäter strafbar werden kann. Alle übrigen Voraussetzungen der Mittäterschaft in objektiver [3]) und subjektiver [4]) Hinsicht nehmen wir jeweils als gegeben an.

Bei Verwirklichung zusammengesetzter Deliktstatbestände durch mehrere Personen taucht das Problem der subsequenten Imputation des Gesamtdelikts dann auf, wenn der eine Beteiligte lediglich den ersten Akt und der andere Beteiligte lediglich den zweiten Akt vollzieht. Das Einverständnis über die gemeinschaftliche Erfolgsherbeiführung kann zwischen den Tätern des ersten und des zweiten Akts schon vor oder während der Vollziehung des ersten Akts erzielt worden sein, es kann aber auch möglicherweise erst nach Abschluß des ersten Akts zustandekommen. Lag bereits vor Abschluß des ersten Akts zwischen den Tätern der einzelnen Teildelikte ein Einverständnis vor, dahingehend, daß durch gemeinschaftliches Zusammenwirken das Gesamtdelikt verwirklicht werden solle, so sind die Täter der verschiedenen Deliktsakte schon nach den gewöhnlichen Regeln über die Mittäterschaft wegen vorsätzlicher Begehung des Gesamtdelikts verantwortlich.

Es handelt sich in diesem Fall, wo die in Mittätergemeinschaft stehenden Beteiligten in zeitlicher Aufeinanderfolge ihren Beitrag zum Gesamtdelikt leisten, keineswegs um eine Verantwortlichkeit auf Grund nachträglicher Zurechnung. Köhler spricht deshalb im Gegensatz zu Olshausen hier nicht von „sukzessiver Mittäterschaft“, sondern nur von „sukzessiver Ausführung“ [5]). Jeder, der als Täter beteiligt ist, indem er einen Teil des gesetzlichen Tatbestandes ausführt, muß sich das Tun der anderen Mitwirkenden

---

[2]) Diesen Ausdruck gebraucht Beling, Grundzüge S. 103.

[3]) „Gemeinschaftliche Ausführung“ im Sinn des § 47 StGB. bedeutet nach objektiver Theorie „Vornahme einer Tatbestandshandlung“, nach subjektiver Theorie „irgendeine tatsächliche Beteiligung an der Ausführung“.

[4]) Die subjektive Theorie verlangt einen besonders gearteten Vorsatz auf seiten des Mittäters, nämlich: animus auctoris, d. h. der Mittäter muß die Tat als „eigene“ wollen.

[5]) Lehrbuch S. 520.

zurechnen lassen, da das Handeln der Mittäter weder gleichzeitig noch in räumlichem Zusammenhang erfolgen muß [6]).

Als „sukzessive Mittäterschaft" im eigentlichen Sinn wird von Köhler, Frank, Lobe und Beling jener Fall bezeichnet, wo das Einverständnis über die Herbeiführung des Gesamterfolges zwischen den Beteiligten erst zustande kommt nach Abschluß des ersten Aktes. Um bei einem solchen nachträglichen Eintritt der Mittätergemeinschaft den Umfang der Verantwortlichkeit der einzelnen Mittäter genau abgrenzen zu können, müssen wir zunächst einmal das Verhalten der Beteiligten gesondert würdigen.

1. Der Ersttäter A hat vorsätzlich mit Zweckabsicht den ersten Akt vorgenommen. Er weiht hierauf den B in die Sachlage ein und dieser vollzieht nun im Einverständnis mit A dolos den zweiten Akt. — Dem Ersttäter A, der von Anfang an entschlossen war, das Gesamtdelikt zu begehen, ist das Handeln des Zweittäters B zuzurechnen, so daß der A für das Gesamtdelikt verantwortlich wird [7]).

Handelt der Ersttäter A bei Vollziehung des ersten Akts schuldlos oder ohne Zweckabsicht und verabredet er sich nach erlangter Einsicht mit dem B, so wird er strafbar als Mittäter des Gesamtdelikts, wenn nach den Regeln über subsequente Imputation bei Alleintäterschaft (welche hier entsprechend anzuwenden sind) eine nachträgliche Zurechnung des betreffenden Gesamtdelikts zulässig ist. Anderenfalls wird er verantwortlich als Mittäter des zweiten Teildelikts und daneben eventuell als Alleintäter des ersten Teildelikts.

2. Nicht so zweifelsfrei läßt sich dagegen das Tun des Zweittäters B beurteilen; es erhebt sich nämlich die Frage, ob B nur strafbar ist als Täter des zweiten Deliktsaktes oder ob er auch für das haftet, was der Ersttäter getan hat, bevor jener mit ihm in Verbindung trat. Diese Frage kann nicht so ohne weiteres mit Hilfe des Begriffes der Mittäterschaft entschieden werden. Hinsichtlich ihrer Beantwortung gehen deshalb die Ansichten auseinander.

Frank [8]) hält die sukzessive Mittäterschaft grundsätzlich bei allen mehraktigen Delikten für möglich, Köhler [9]) erklärt sie

---

[6]) Vgl. RGE. 8/42, 26/351, 58/279, 59/79; RGRspr. 4/243, 8/481; Schwartz, Komm. zu § 47; Olshausen, Komm. zu § 47.

[7]) Ebenso Köhler, Lehrbuch S. 520; Beling, Lehre vom Verbrechen S. 414 VIII; Frank zu § 47 (S. 107); Lobe zu § 47 Note 6.

[8]) a. a. O. S. 107.

[9]) GerS. 96/170 ff.

nur bei bestimmten Delikten für zulässig. Auf einem völlig entgegengesetzten Standpunkt steht Lobe[10]). Er vertritt die Meinung, daß den Zweittäter B nur solche Handlungen des Ersttäters A zugerechnet werden könnten, welche dieser nach Herstellung der Mittätergemeinschaft vornehme. Tatbestandsmerkmale, welche bereits vor dem Einigungsbeschluß verwirklicht worden seien, würden lediglich dem Ersttäter zur Last fallen. Den neu hinzutretenden B, der sich z. B. erst nach vorausgegangener Gewaltanwendung mit dem Ersttäter A über die Wegnahme verständigt, hält Lobe daher nur für strafbar wegen Diebstahls.

Er rechtfertigt seine Stellungnahme folgendermaßen: „Rücksichtlich dessen, was bereits vollständig abgeschlossen vorliegt, vermag die bloße Kenntnis und auch eine hinzutretende äußerliche oder innere Billigung und ein bloßes Benutzen und Ausnutzen der dadurch geschaffenen Situation die strafbare Verantwortlichkeit nicht zu begründen, weil sie nicht von ihm verursacht ist, für sie keine Täterschaft vorliegt." „Eine der zivilrechtlichen Genehmigung in ihrer Wirkung auf die Verantwortlichkeit gleichkommende strafrechtliche Genehmigung gibt es nicht."

In dieser Begründung kommt ganz unverkennbar zum Ausdruck, daß der Verfasser die subsequente Imputation des Gesamtdelikts gegenüber dem Zweittäter B ablehnt, weil er in einer solchen nachträglichen Zurechnung einen Rückfall in die Konstruktion des gemeinrechtlichen dolus subsequens zu erblicken glaubt. In Wirklichkeit hat aber die nachträgliche Zurechnung einer Deliktshandlung gar nichts mit dem dolus subsequens zu tun, was durch meine Ausführungen an früherer Stelle zur Genüge dargetan wurde[11]). Die abwegige Auffassung von Lobe zeigt deshalb, daß er bei der Beurteilung der sukzessiven Mittäterschaft an dem Kernpunkt des Problems der subsequenten Imputation vorbeigegangen ist. Nicht um das zurückliegende positive Tun, sondern um das gegenwärtige Unterlassen handelt es sich; die subjektive Zurechnung des Erfolges knüpft sich an die Schuldgestaltung des dolus superveniens, welcher das passive Verhalten begleitet.

Frank kommt zwar hinsichtlich der Frage der nachträglichen Zurechnung zu einem ganz anderen Resultat als Lobe, doch hat er ebenfalls nicht erkannt, worauf es bei dem Problem der subsequenten Imputation eigentlich ankommt. Seine Argumentation zugunsten der nachträglichen Zurechnung des Gesamtdelikts

---

[10]) Komm. zu § 47 StGB.
[11]) Siehe hierzu S. 11 ff. der vorliegenden Abhandlung.

ist infolgedessen sehr schwach; er sagt: „Wenn das Gesetz einmal auf dem Standpunkt steht, daß man kraft seines Einverständnisses für das haftet, was ein anderer getan hat, sofern man die eigene Tätigkeit ergänzend damit verbindet, so kann es nicht darauf ankommen, in welchem Augenblick der Gesamttätigkeit das Einverständnis erzielt wird. Auch objektiviert ja B seine Zustimmung dadurch, daß er den von A herbeigeführten Zustand ausnutzt.“ [12]) — Frank geht jedenfalls entschieden zu weit, wenn er behauptet, daß subsequente Imputation des Gesamtdelikts gegenüber dem Zweittäter schlechthin in allen Fällen zulässig sei.

Die richtige Lösung trifft auch hier wieder Köhler[13]), indem er mit strenger Folgerichtigkeit die Regeln über die subsequente Imputation bei Alleintäterschaft auf die Fälle der sukzessiven Mittäterschaft ausdehnt.

Bei denjenigen zusammengesetzten Delikten, wo gegenüber dem Alleintäter subsequente Imputation des Gesamtdelikts stattzufinden hat, ist die erhöhte Strafdrohung darauf zurückzuführen, daß der zweite Tatbestandsakt unter gewissen fortdauernden, straferschwerenden Umständen vorgenommen wird. Die Zurechnung des Gesamtdelikts gründet sich auf das in der dolosen Vollziehung des zweiten Akts sich äußernde Nichtaufheben der fortdauernden Bedingungen, welche der Inkulpat durch den ersten Deliktsakt gesetzt hat.

Die Handlung des Ersttäters A dauert also über den Zeitpunkt des Eintritts einer Mittätergemeinschaft hinaus noch weiter fort, wenn der A mit der dolosen Begehung des zweiten Teildelikts durch den Zweittäter B einverstanden ist und es infolgedessen unterläßt, die durch den ersten Akt gesetzten Bedingungen aufzuheben. Diese fortdauernde Handlung des Ersttäters A muß dann gemäß § 47 StGB. dem Zweittäter B gerade so zugerechnet werden, wie wenn er sie selbst vornehmen würde. In allen jenen Fällen dagegen, wo nicht einmal mehr der nachfolgende dolus des Ersttäters das Gesamtdelikt zustandebringen kann, ist natürlich auch eine sukzessive Mittäterschaft am Gesamtdelikt ausgeschlossen. Unter der Voraussetzung, daß ein Einverständnis zwischen den Beteiligten erst nach Abschluß des ersten Aktes erzielt wurde, ist es übrigens für die strafrechtliche Beurteilung des Zweittäters B gleichgültig, ob er schon bei der Verwirklichung des ersten Akts schuldlos oder ohne Zweckabsicht irgendwie tätig mitgewirkt hat.

---

[12]) a. a. O.
[13]) a. a. O.

Es ist nun im folgenden zu prüfen, bei welchen zusammengesetzten Delikten unter Berücksichtigung der obengenannten Grundsätze eine sukzessive Mittäterschaft möglich ist:

Bei dem zweiaktigen Zeugenmeineid im Strafprozeß ist Mittäterschaft überhaupt ausgeschlossen, weil die Eidesdelikte stets „höchstpersönliche" Begehung erfordern[14]).

In den Fällen des schweren Diebstahls nach § 243 StGB. Ziff. 2 und 3 und des schweren Raubes nach § 250 StGB. Ziff. 4 ist sukzessive Mittäterschaft deshalb ausgeschlossen, weil hier als Straferhöhungsgrund die besondere Intensität des Verbrechensvorsatzes anzusehen ist, welche sich in der schon mit Diebstahlsabsicht erfolgenden, dolosen Vornahme des ersten Aktes offenbart. Der Alleintäter, der erst nach Begehung des ersten Aktes den Diebstahlsvorsatz faßt, und der Zweittäter, der erst nach vollendeter Verwirklichung des Qualifikationsmomentes sich dem Ersttäter als Mittäter anschließt — sie legen beide eine geringere Geflissentlichkeit an den Tag, als der mit Zweckabsicht handelnde Täter des ersten Aktes. Der Zweittäter B, welcher bei Beginn seiner Mitwirkung die erschwerenden Umstände des Diebstahls bereits verwirklicht vorfindet, hat also nur einfachen Diebstahl zu verantworten[15]).

Für den Fall des § 147 2. Satzhälfte wird vom Reichsgericht in der Entscheidung 59/79 der gleiche Standpunkt eingenommen. Wenn der Ersttäter A sich bewußt falsches Geld verschafft und der Zweittäter B bringt dieses Geld im Einverständnis mit A in Verkehr, so ist B nicht strafbar aus § 147, sondern nur aus § 263

---

[14]) Beling, Grundzüge S. 96; Binding, GerS. 71/5, 6; 78/16: Meineid verlangt gewissermaßen „eigenhändige" Begehung. Das RG. hat dieses Erfordernis in der Entscheidung 37/93 (betreffend die falsche Versicherung an Eidesstatt) eingehend behandelt: „Die Unmöglichkeit einer Mittäterschaft zu einem Vergehen gegen § 156 StGB. ergibt sich indessen aus den Voraussetzungen dieses Teilnahmebegriffs. Bei ihm muß der Vorsatz jedes Einzelnen auf Ausführung der Tat als der eigenen, sowie darauf gerichtet sein, mit seinem Tun zugleich die Straftat des Mittäters zur Vollendung zu bringen (Motive des rev. Entw. S. 63). Das ist aber durch Abgabe einer falschen Versicherung an Eidesstatt nicht möglich. Denn alles, was einer der Wahrheit zuwider in solcher Weise beteuert, verletzt immer nur seine eigene Pflicht, die Wahrheit zu sagen. Die einem anderen obliegende Pflicht zur Wahrheit kann er damit nicht verletzen. Wohl aber kann dem anderen zu solcher Pflichtverletzung Beihilfe geleistet werden, er kann zu solcher angestiftet werden, immer aber bleibt die falsche Versicherung an Eidesstatt allein die Tat desjenigen, der diese Versicherung abgibt."

[15]) Ebenso Köhler, GerS. 96/173; Lobe zu § 47 Note 7, zu § 243 Ziff. 2 Note 5; RGE. 44/323, 59/79; RGRspr. 8/8; JurW. 1923/757[1] (6 aD 101/22, 22. 6. 1922).

oder § 148 StGB. (eventuell aus beiden Bestimmungen gemeinsam: RG. 54/219 — Idealkonkurrenz —). In den Entscheidungsgründen heißt es: „Es vermag Beteiligung an der Verausgabung von falschem Geld nur den zum Mittäter eines Verbrechens nach § 147 2. Satzhälfte zu machen, der — wenigstens mittelbar durch die Tätigkeit Mitbeteiligter — auch das Sichverschaffen des falschen Geldes als Täter verwirklicht hat. Bloße Verwertung des ohne sein Zutun und nicht — wenigstens zugleich — ihm verschafften Falschgeldes genügt nicht."

Dieser Ansicht ist meines Erachtens zuzustimmen, denn auch im Fall des § 147 2. Satzhälfte ist der Straferhöhungsgrund gegenüber der einfachen Weitergabe von Falschgeld nach § 148 in der besonderen Intensität des Verbrechensvorsatzes auf seiten desjenigen zu finden, welcher sich das falsche Geld eigens zu dem Zweck der Verbreitung verschafft. Der Zweittäter B, der eine Mittätergemeinschaft mit dem Ersttäter A eingeht, um das im Besitz des A befindliche Falschgeld in Verkehr zu bringen, handelt mit einem weniger bösen Willen als der A, welcher sich das Falschgeld schon vorher in Verbreitungsabsicht verschafft hat.

Bei der zweiaktigen Urkundenfälschung nach § 267 ist die nachträgliche Zurechnung des Gesamtdelikts durch die Sonderbestimmung des § 270 StGB. ausdrücklich vorgeschrieben. Der Inkulpat, welcher erst nach Abschluß der Fälschung den Entschluß faßt, die falsche Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr zu benutzen, wird gerade so streng bestraft, wie wenn er schon den ersten Akt mit Täuschungsabsicht vollzogen hätte [16]).

---

[16]) Da man von einem fortdauernden Verhalten auf seiten des Fälschers nicht sprechen kann, so scheinen hier ähnliche Überlegungen hineingespielt zu haben, wie sie den Vorschlägen Köhlers für die lex ferenda (GerS. 96/175, 176) zugrunde liegen. Es heißt dort: „Begründet der erste Akt kein fortdauerndes Verhalten, so kann doch ein nachträglich hinzutretender dolus bei Vornahme des zweiten Aktes ... das für ein zusammengesetztes Delikt wesentliche Verschulden begründen. Dies ist dann der Fall, wenn die dolose Verwertung einer noch nicht mit diesem Vorsatz selbstgeschaffenen Lage ungefähr eine gleiche Verwerflichkeit oder Intensität des bösen Willens zeigt, wie ihn die vorbereitende, dolose Vornahme des ersten Akts dartun würde." Der Fälscher, der vorsätzlich eine Urkunde fälschlich herstellt oder verfälscht, schafft bewußt eine für die Sicherheit des Rechtsverkehrs bedrohliche Lage. Wenn er nachträglich diese bedrohliche Lage, welche er schuldhafterweise selbst geschaffen hat, zu Täuschungszwecken ausnützt, dann beweist er durch sein Verhalten einen nicht minder verwerflichen, verbrecherischen Willen, als ein von vornherein mit Zweckabsicht handelnder Täter. Hatte der Inkulpat jene die Rechtssicherheit gefährdende Lage schuldlos herbeigeführt, so müßte er allerdings

Rein formal betrachtet wird der Täter freilich bei einer solchen nachträglichen Zurechnung nicht mehr verantwortlich wegen „Urkundenfälschung" auf Grund des § 267 StGB., sondern er wird strafbar wegen Verwirklichung des im § 270 StGB. enthaltenen, selbständigen Deliktstatbestandes des „Urkundenmißbrauchs", der im Gegensatz zu dem Delikt nach § 267 nur einaktig ist[17]). Durch diese äußere Fassung der Strafbestimmungen wird jedoch am Wesen der Sache keineswegs etwas geändert, denn praktisch bewirkt die Vorschrift des § 270 nichts anderes als die subsequente Imputation des Gesamtdelikts aus § 267 StGB.

Wenn daher bei der Verwirklichung des Deliktstatbestandes des § 267 zwei Personen in der Weise zusammenwirken, daß der Ersttäter A die Urkunde fälscht und der nachträglich hinzutretende Zweittäter B im Einverständnis mit A von der falschen Urkunde Gebrauch macht, so findet auf beide Beteiligte zweifellos der Strafrahmen des Gesamtdelikts Anwendung. Die mehr oder weniger formale Frage aber, ob A und B als Mittäter nach § 267 oder nach § 270 zu bestrafen sind, wird in den Kommentaren und in der Rechtsprechung verschieden beantwortet.

Olshausen[18]) und Lobe[19]) halten Mittäterschaft nach § 267 für gegeben. Das Reichsgericht nimmt zwar ebenfalls an, daß die beiden Beteiligten in nachträglich entstandener Mittätergemeinschaft gehandelt haben, indessen erklärt es in E. 42/6[20]) den Ersttäter A für strafbar nach § 267 und den Zweittäter B nach § 270. Bemerkenswert ist folgende Stelle aus den Entscheidungsgründen (S. 8): „Auch abgesehen von den durch § 50 StGB. geregelten Fällen können gegen die einzelnen Mittäter verschiedene Strafgesetze zur Anwendung gelangen. Wird durch das bewußte und gewollte Zusammenwirken mehrerer mit Täterwillen handelnder Personen ein strafbarer Tatbestand hergestellt, so bestimmt sich die Strafbarkeit eines jeden Täters nicht nur nach dem objektiven, sondern auch nach dem bei ihm gegebenen subjektiven Tatbestand und daher unter Umständen bei den einzelnen verschieden." „Dies hat auch zu gelten, wenn der eine Täter die Urkunde verfälscht hat und dann beide gemeinschaftlich von ihr strafbaren Gebrauch machen." Es wird weiterhin näher ausge-

---

bei nachträglichem Gebrauchmachen milder bestraft werden, was aber nach § 270 StGB. nicht geschieht.

[17]) Siehe RGE. 51/237.

[18]) Komm. zu § 267 Note 49; gleicher Ansicht auch Schwartz, Komm. zu § 267 Note 11.

[19]) Leipziger Komm. zu § 270 Note 2, zu § 267 Note 32 u. 42.

führt, daß der A den Tatbestand des § 270 durch bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit dem B herstellt. Der Ersttäter A hat aber durch das vorausgegangene Fälschen der Urkunde hinsichtlich des objektiven Tatbestandes noch ein „Mehr" begangen, das nur ihm zur Last fällt. Er hat daher für seine Person den gesamten, zweiaktigen Tatbestand des § 267 erfüllt (den zweiten Akt eben in Mittäterschaft mit B), während der Zweittäter B lediglich den einaktigen Tatbestand des § 270 verwirklicht hat.

Durch den Satz: „Das Reichsgericht hat bereits früher angenommen, daß die Tatbestände des § 267 einerseits und des § 270 andererseits durch gemeinschaftliche Ausführung im Sinn des § 47 StGB. erfüllt werden können" wird zum Schluß nochmals hervorgehoben, daß die Beteiligten A und B als Mittäter anzusehen sind, trotzdem sie auf Grund verschiedener gesetzlicher Bestimmungen bestraft werden.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts ist meines Erachtens der in den Kommentaren vertretenen Auffassung vorzuziehen, denn es ist allgemein anerkannt, daß ein Alleintäter, bei dem sich erst nach Vollziehung des ersten Akts die Täuschungsabsicht einstellt, niemals mehr nach § 267, sondern nur noch nach § 270 verantwortlich gemacht werden kann. Was jedoch für den Alleintäter bei nachträglich eintretendem dolus gilt, das hat entsprechend auch für den später hinzugetretenen Zweittäter B zu gelten.

Das Fälschen und Gebrauchmachen von Gesundheitszeugnissen (§§ 277 u. 279 StGB.) ist in jeder Beziehung analog den Fällen der §§ 267, 270 zu beurteilen: Der Ersttäter A wird strafbar wegen eines Delikts nach § 277 (verübt in Mittäterschaft mit B); der Zweittäter B macht sich schuldig eines Delikts nach § 279 (verübt in Mittäterschaft mit A).

Bei Raub ist offensichtlich ein fortdauerndes Handeln des Ersttäters gegeben. Die durch Gewaltanwendung bzw. durch Drohungen begangene Freiheitsberaubung oder Nötigung dauert noch weiter fort, wenn der Ersttäter sein positives Tun bereits beendet hat. Köhler sagt[21]): „Durch nachträgliches Einverständnis mit demjenigen, der bloß Gewalt angewendet hat, kann der Wegnehmende, der die Verhinderung des Genötigten benutzt, zum Räuber werden."[22])

---

[20]) Im gleichen Sinn E. 59/82.

[21]) GerS. 96/173; vgl. Lehrbuch S. 520.

[22]) Gleicher Meinung: Hälschner a. a. O. Bd. 2, 1. Abt. S. 372; Frank, Komm. zu § 47 (S. 107). Anderer Ansicht: Lobe zu § 47 Note 6.

Das Notzuchtsdelikt (§ 177 StGB.) und die Sittlichkeitsdelikte nach § 176 Ziff. 1 u. 2 StGB. sind hinsichtlich der nachträglichen Zurechnung analog dem Raub zu behandeln [23]).

Wenn wir also die Grundsätze, welche für die subsequente Imputation zusammengesetzter Delikte bei Alleintäterschaft bestimmend sind, auch auf den Fall der Mittäterschaft anwenden, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß „sukzessive Mittäterschaft" nur möglich ist bei Raub (§ 249 StGB.), Notzucht (§ 177 StGB.) und in den Fällen der Sittlichkeitsdelikte nach § 176 Ziff. 1, 2, sowie bei Urkundenfälschung (§ 267 im Zusammenhang mit § 270 StGB.) und bei Fälschung von Gesundheitszeugnissen (§ 277 im Zusammenhang mit § 279 StGB.).

---

[23]) Vgl. die Ausführungen auf S. 59 der vorliegenden Abhandlung.